

法律論叢 第八五卷 第一号 (二〇二二・七)

【論 説】

ドイツ環境法における危険と危険の疑い

松  
村  
弓  
彦

目 次

- 一 はじめに
- 二 危険
- 三 危険の疑い
- 四 危険防御の限界
- 五 結語

# はじめに

## 1 危険防御と予防原則

環境法における予防原則 (Vorsorgeprinzip) は、私見によれば、公権的機関による環境管理水準、換言すれば、環境法上のリスク管理水準決定上の行動準則として機能する政策原則と理解される。<sup>(1)</sup> わが国の予防原則<sup>(2)</sup>に大きな影響を与えたり宣言等の国際環境法上の予防原則あるいはEU環境法上の予防原則は、その意味内容あるいは「原則」の意味がわが国と同一とはいえないものの、いずれもその由来をドイツ環境法上の予防原則に求める説が多い。<sup>(3)</sup> またEUの予防原則が戦略上、方法論上の意味を中核とするに對して、ドイツのそれは実体的、手法的性格をも併せもつといわれるが、<sup>(4)</sup> その実体的意味が何かはわが国の予防原則を考えるうえで重要な意味をもつ。「環境政策は具体的に近迫した危険の防御と既に発生した損害の除去だけに限らず、危険の閾値に満たない環境負荷の発生を防止し、リスクを可能な限り小さくすべきである」<sup>(5)</sup> あるいは「環境政策は近迫した危険の防御と発生した損害の除去に尽きるわけではなく、自然基盤を保護し、節約することを求める」<sup>(6)</sup> としばしば説明されるように、ドイツ環境法では、予防原則は警察秩序法上の一般的授權条項を根拠とする危険防御 (Gefahrenabwehr) <sup>(7)</sup> 以下「古典的危険防御」という) の限界を克服し、高い水準の環境管理を目指す、一義的には立法レベルにおける、牽引力として機能した。それ故、ドイツ環境法上の予防原則研究に際しては危険防御の理解を不可欠とする。この点は危険と危険防御の考え方が明確な形では確立していない国際環境法およびEU環境法上の予防原則と本質的に異なる。わが国環境法も同じで、危険と危険防御、

特に、一般的授權条項に基づく公権的干渉の考え方が存在するわけではない（わが国の警察法上の公共の安全と秩序の維持に当る一般的責務（二条二項）は、厳格に範囲づけられる）、基本権保護義務についても消極説が多いが（この点は別稿で論ずる）、個別的にみれば、危険防御に類する規定は存在するし（例えば、水質汚濁防止法一四条の三、改正前の大気汚染防止法一四条）、予防原則との関連で、特に、不確定性論、未知論との係わりで、わが国でも避けて通れない論点を含む。

環境管理は、公権的機関による「干渉による保護（Schutz durch Eingriff）」という国家、被保護者、被干渉者間の三角関係の性格を内在する<sup>(8)</sup>。被保護者の基本権保護は被保護者の基本権保護に対する過少禁止律と被干渉者の基本権保護に対する過剰禁止律によつて限界づけられる。基本権保護義務の射程範囲でもある危険防御の領域では過少禁止律（被保護者の基本権保護）が主位的に作用し、これに対して予防原則の領域では過剰禁止律（被干渉者の基本権保護）が主位的に作用するのが通例であろう。また、被干渉者の基本権保護に対する過剰禁止律は、裏返せば、被干渉者の基本権保護に対する過少禁止律と一致すると考えられる。

## 2 危険と危険の疑い

環境法におけるリスク管理も、他の技術的安全法領域と同じく、正常な経済活動過程（normal Betrieb）のリスクと事故のリスクを対象としなければならないが、大別して二系統のリスク管理を含む（尤も、両者の境界は必ずしも明確であるわけではない）。第一は、一般的生活経験<sup>(9)</sup>または科学的知見を基礎として、損害発生の蓋然性を、不確定性を不可避的に内包しつつも、一応、定量的に評価されるリスクの管理（以下、第一系統のリスク管理という）であり、

第二は、生活経験または科学知見の不足、欠如によって蓋然性を定量的に評価できずあるいは危険性・有害性自体を評価できない（広義の）未知のリスク（*ungewissen Risiko*）の管理（以下、第二系統のリスクという）である。現代社会において国家機関の立法・行政・司法レベルの意思決定に際して常にリスクを定量的に評価できるとは限らず、危険性・有害性自体を認識できない場合すら少なくない。危険防御の領域では、前者は損害発生蓋然性を基準とする「危険（*Gefahren*）」の存在を前提とし、後者は「危険の疑い（*Gefahrenverdacht*）」を根拠とし、両者の関係は予防原則における（狭義の）リスクと（狭義の）未知のリスクの關係に相当する。

環境法におけるリスク管理については三段階論（通説・判例）と二段階論（近時の有力説）が対立する。本稿では、三段階論<sup>(11)</sup>にしたがって、（広義の）リスクを危険、（狭義の）リスク、残余リスク（*Restisiko*）に、また、（広義の）未知のリスクを危険の疑い、（狭義の）未知のリスク、残余リスクに区分するが、第二系統のリスク管理は第一系統のそれの前処理の性格をもつ。本稿では、予防原則の基礎研究の範囲において、危険と危険の疑いの二つの概念を、要件事実と法律効果の側面から考察する。

## 注

- (1) Böhm, M., Abschied vom Vorsorgeprinzip im umweltbezogenen Gesundheitsschutz?, in: Lange(Hrsg.), Gesamtverantwortung statt Verantwortungspartzellierung im Umweltrecht, 45 ff. (1997). 法原則とする説明もみられるが（協調原則に）Fabio, U.D., Das Kooperationsprinzip, in: Huber, P.M.(Hrsg.), Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 37 ff. (1999); Westphal, S., Das Kooperationsprinzip als Rechtsprinzip, DÖV, 2000, 996. フランス環境法上の原則の法原則性につき、淡路剛久「フランス環境憲章と環境法の原則」季刊環境研究「三八号一四八頁（二〇〇五年）」、法原則の特性を法律上の根拠の有無に求める考え方、法的拘束力、特に、立法者に対する拘束力に求める考え方（IIIg, Ch. S., Das Vorsorgeprinzip im Abfallrecht, 11(1992); Fabio, Das Kooperationsprinzip, 37 ff.）等、理解の統一があると考えず、本稿では深入りしない。

- (2) 大塚直「未然防止原則、予防原則、予防的アプローチ」(1)法教二八四号七〇頁、(2)同二八五号五三頁、(3)二八六号六三頁、(4)二八七号六四頁(二〇〇四年)・大塚「環境法の基本理念・基本原則」大塚ほか編『環境法ケースブック(第二版)』五頁以下(有斐閣・二〇〇九年)・大塚「環境法(第三版)』五一頁以下(有斐閣・二〇一〇年)・高橋滋「環境リスク管理の法的あり方」環境法研究三〇号三頁以下(二〇〇五年)・北村喜宣「環境法」七一頁以下(弘文堂・二〇一一年)・拙稿「予防原則」新美育文ほか編『環境法大系』一九五頁以下(二〇一二年)。
- (3) 拙稿・前掲一九五頁、同「EU環境法上の予防原則研究の問題点」環境管理四七巻六号五〇頁(二〇一一年)記載の文献参照。
- (4) Winter, G., *Umweltrechtliche Prinzipien des Gemeinschaftsrechts, ZUR-Sonderheft 2003*, 14.
- (5) Helberg, A., *Allgemeines Umweltverwaltungsrecht*, in: Koch, H.-J.(Hrsg.) *Umweltrecht*, 83(2002).
- (6) BT-Drs.7/5684, 26.
- (7) Gefahrenabwehrの訳語は「未然防止」予防との混同を防ぐため、本稿では「危険防御」を当てる。
- (8) Lorenz, D., §128 Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: Isensee, J./Kirchhof, P.(Hrsg.), *HdbStR VI*, 34(1989); Wahl, R./Masing, J., *Schutz durch Eingriff*, JZ 1990, 553 ff.; Hermes, G./Walther, S., *Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht*, NJW 1993, 2339; Jarass, H.D., *Baustein einer umfassenden Grundrechtsdogmatik*, AöR 120(1995), 381; ders., *Vorb. vor Art.1*, in: ders./Pieroth, B.(Hrsg.), *Grundgesetz*, 8. Aufl., 33 f. (2006); Unruh, P., *Zur Dogmatik der Grundrechtlichen Schutzpflichten*, 80 ff. (1996); Erichsen, H.-U., *Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Jura 1997, 85; Brilling, C., *Voraussetzungen und Inhalt eines grundrechtlichen Schutzanspruchs*, JuS 2000, 958; Meyer, M., *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, 23 ff. (2005). 但し「自然による基本権など」保護法益の侵襲の例では被保護基本権の保護が第三者の基本権に対する干渉を伴わず(Krings, G., *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, 367(2003))。
- (9) Rehinder, E., *Immissionsschutzrechtlicher Gefahrenbegriff: Beurteilung von Störfällen durch äußere Entwicklungen*, BB 1976, 1 ff.; Martens, W., *Rechtsfragen der Anlagengenehmigung nach Bundes-Immissionsschutzgesetz*, in: Stöcker, R./Thieme, W.(Hrsg.), *Beiträge zum deutschen europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht*, 464(1977); Lukes, R., *Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht*, Teil II, 155(1980); Reich, A., *Gefahr, Risiko, Restrisiko*(1989).

- (10) Martens, §11. Spezialgesetzlich geregelte Materien der Gefahrenabwehr, in: Drews, B./Wacke, G./Vogel, K./Martens, W., Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 224(1986).

- (11) リスク管理三段階論と二段階論の論点について、拙稿「環境法におけるリスク管理二段階論と三段階論」社会システム『環境保健分野に係る法学的研究会報告書』六四頁（二〇一二年）参照。

## 二 危険

### 1 経緯

危険は、一般的には、安全性とのペア概念として用いられるが、絶対的安全性など期待できないし、国家としても絶対的安全性を保障することはできないから、安全性概念は虚構にすぎず、<sup>(12)</sup>危険と安全とは相対的な差でしかないではない。それ故、危険概念は多義的である（私法上の危険概念として、例えば、民法典二二八条、三二三条<sup>(13)</sup>）。また、特定の法律で古典的危険防御とは異なる射程の危険概念（Gef.のいう特別の危険概念<sup>(14)</sup>）を規定する例は少なくない（例えば、連邦イミグレーション防止法上の要認可施設設置者の基本的義務の一つとして具体化された危険防御（五条一項一号）概念は古典的危険防御より射程が広い<sup>(15)</sup>）。本稿での問題は古典的危険防御の前提としての危険である。

古典的危険防御は行政レベルの公権的干渉で、一七九四年プロイセン一般ラント法（一〇条二項）上の「将来の災いの防御（Abwehr zukünftiger Übel）」<sup>(16)</sup>プロイセン行政裁判所の判決に遡り、<sup>(17)</sup>「警察は、危険が事実上存在する場合に限っては、危険を回避するために一般秩序法一〇条（中略）に基づく干渉権限を有するが、単なる想定では足りない」と

いう原則は、警察が最終的命令を行う場合に限って適用される」、「警察は事実上客観的危険が存在する場合に限っては干渉権限を有するが、危険があると単に想定しただけでは足りないことは先例が認めるところである」、「警察法上の危険は認識可能で客観的な損害の可能性で、合理的な判断により未然に防止すべき事実状態を含む」とされた。その内容は、本質的には、現在でも維持されているとされ、ドイツ連邦共和国後の先例とされる連邦私法裁判所判決も、基本的にはこれと軌を一にする<sup>(19)</sup>。現在では各州の警察・秩序法において、規定形式に違いはあるものの、危険防御を目的とする公権的干渉を授權する一般条項が規定されている<sup>(20)</sup>（現在では古典的危険防御の前提としての危険（一般的危険）を拡大した危険概念（特殊の危険）も少なくない<sup>(21)</sup>）。この一般的授權の合憲性については、法治国家では公的安全性と秩序を確保することは行政の最低限の責務であることを理由として、積極に解されており、連邦行政裁判所も、その合憲性を前提として、警察・秩序法上の一般的授權が基本法（一三条三項）上の制約に服するから、無限定ではないとする<sup>(23)</sup>。

古典的危険防御は公的安全性・秩序に対する危険が存在する場合に限り許容される（通説<sup>(24)</sup>）。それ故、危険概念は一般的授權条項に基づく基本権に対する公権的干渉を限界づけると同時に、その安全保障の限界を示す。ドイツで一九七〇年前後の時期から環境法の体系化、調和化が図られる以前の環境管理上の行政庁の公権的干渉はこの古典的危険防御を根拠とせざるを得なかった点に限界があり、この限界を営業法その他の部門法によって克服することがドイツにおける環境法の役割でもあり、予防原則はその牽引力として機能した。

## 2 要件事実

### (1) 総論

古典的危険防御は「外的な影響によって、警察上の保護法益に対して事実上存在する正常な存続の重大でないといえない侵害（客観的減少）からの防御」をいい（通説・判例<sup>(26)</sup>）、危険防御の前提条件としての警察上の保護法益に対する危険は、あるがままの事象経過、即ち、公権的干渉を講じない場合に予測される客観的な事象経過の中で損害発生が充分な蓋然性をもって近迫すると予測される場合に存在する<sup>(27)</sup>。連邦行政裁判所判決（後記 BVerwGE 45, 51）<sup>(28)</sup>の考え方を支持し、「一般的解釈によれば、危険は、事実状態または行為が客観的に予期される妨げられない事象経過に際して、蓋然性をもって警察上の保護法益を侵害する場合に存在する」とする。危険概念は危険の大きさと損害発生<sup>(29)</sup>の蓋然性の産物といわれるが、不確実性は技術社会に不可避免的に内在する要素であり、また、危険判断が予測を基礎とする以上、不確実性は不可避である<sup>(30)</sup>。それ故、充分な蓋然性は、損害が発生することの確実性を要せず、結果的に損害発生を要しない一方で、損害発生<sup>(31)</sup>の単なる可能性では、原則として、足りない<sup>(32)</sup>。その意味で、危険は不確実性のもとで自由と安全との古典的調整問題を解決するための概念である<sup>(33)</sup>。また、「外的な影響」は作為・不作為による影響（行為責任）または物の状態による影響（状態責任）を含むが、不作為による影響が危険責任に結びつくのは作為義務が存在する場合に限る<sup>(34)</sup>。

判断は公権的機関の意思決定時点で入手可能な知見にもとづく客観的な予測判断である。決定後の事象経過が予測のとおり進行せず、異なる経過をたどっても、さらには結果的には損害発生に到らなかった場合にも、遡って危険の



存在が排除されることにはならず、したがって決定時点の予測に基づく公権的干渉が違法と評価されることはない。<sup>(35)</sup>

## (2) 損害

### a. 定義

古典的危険の要件としての損害は「警察法上の保護法益の重大でないとはいえない侵害」<sup>(36)</sup>、あるいは「外的影響による、財または価値に対する既存の正常な状態の直接的、客観的低下」<sup>(37)</sup>等と定義される。保護法益に対する侵害が一定の強度に達することを要する。<sup>(38)</sup>ここでは損害も規範的要素であり、重大な侵害は含まれるが、単なる負荷、不利益、不快、苦痛は一般的生活リスクで、危険に当たらない。<sup>(39)</sup>民法典上の損害概念と違い、利益の喪失は損害に当たらず（単なる不利益）<sup>(41)</sup>、損害の程度に到らない単なる負荷も受忍しなければならぬ。<sup>(42)</sup>

法律で重大な不利益、重大な負荷の防御を規定する場合（連邦イミッション防止法五条一項一号はこの例）には、危険に含まれるとするのが目的にかなうとの理由で、危険の定義を「自然の事象経過に際してある状態または行動が法的に非難される結果に到る充分な蓋然性をもたらすであろう状態」とする提案があるが、個別規定が存在しなくても、負荷、不利益等が頻発ないし継続するような状態は損害ととらえることも可能である。また、この提案が個別法による危険概念の拡大によって基本権保護義務の射程の拡大を意図するのであれば、それ自体疑問がある。

古典的危険防御は正常な事象経過の予測を前提とし、特殊な事象経過、例えば、特殊素因（特に感受性が高い例）に起因する損害発生の予測を含まない。<sup>(44)</sup>

### b. 不利益 負荷

#### a) 学説

連邦イミッション防止法上の危険防御規定（現五条一項一号）は「有害な環境影響ならびにその他の危険、重大な

不利益および重大な負荷」を条件とし、有害な環境影響は「種類、規模または持続時間に応じて公衆または近隣者に危険、重大な不利益、重大な負荷をもたらすに足るイミッシオン」と定義される（三条一項）。営業法の規定を承継した規定であるが、負荷、不利益は、一般的には、古典的警察・秩序法上の危険に当たらず（通説）、<sup>(45)</sup> 一般的生活リスクとされる。<sup>(46)</sup> 但し、負荷と危険の境界は一般的に定めることはできず、個別事例における利益考量によって判断せざるを得ない。<sup>(47)</sup> このほか、不快、不便、苦痛についても同じである。<sup>(48)</sup>

尤も、有害な侵害と負荷の区別あるいは、危険、不利益、負荷の区別は、個々の事例では、必ずしも明確ではない。<sup>(49)</sup> Sellner は、危険を人（健康を含む）および物に対する重大な損害が発生する可能性、不利益を財産損害 and/or 人の生活空間の制限で、物的影響に基づくもの、負荷を人の物的 and/or 精神的健全性に対する影響で、健康損害の限界までのものと区別する。<sup>(50)</sup> また、Kutscheidt は、不利益を物的影響による土地の価格減少等の財産損失（損害に当たるものを除く）、負荷を身体または精神的息災の侵害で、危険に到らないものだが、危険との区別は流動的で、慢性的負荷は健康損害をもたらすおそれがあるとする。<sup>(51)</sup> 危険の判断は基本権に対する侵害の個別事例の判断であるから、<sup>(52)</sup> 時と場所によって一様とはいえず、わが国でいえば「生活環境上の被害」に相当することはあり得る。このため、学説も、不利益、負荷等の種類、大きさ、持続危険等によって、頻度が多く、持続時間が長いような場合には、全体として損害に当たり、したがって危険に当たることがあるとするから、<sup>(53)</sup> 重大な不利益、重大な負荷が古典的な意味での危険に当たるかは、個別事例の判断となる。<sup>(54)</sup>

#### b) 判例

単なる負荷が危険に当たらないことについては、学説がしばしば援用する連邦行政裁判所の先例がある。<sup>(55)</sup> 事案は、郡当局が、ベルリン秩序法に基づいて、事業者に対して、事業に伴う排出行為による近隣住民に対する侵害の防止を命

じ、事業者が命令措置によって権利を侵害されたと主張した事案であるが、危険を公的安全性または秩序に対する損害の客観的可能性が存在する場合と定義したうえで、「単なる負荷は警察法上の損害に当たらず、法律上の職務範囲が危険防御に限定される場合には、負荷を理由として行政行為を発動することは許されない。他の者によって負荷を受け、または警察法にいう危険に当たらないその他の不利益を被る者は、秩序管轄官庁がこれに干渉しないことによって、権利を侵害されることはない」と述べた。また、損害は一定の強度に達する侵害をいい、これに満たない単なる負荷は受忍しなければならないが、頻発する場合には損害ととらえることができるとした下級審の例がある。<sup>(56)</sup>

### (3) 近迫性

損害発生のおそれは近迫性を要する。<sup>(57)</sup> 近迫性は隔たり (Entfernung) の対立語で、時間的・空間的近迫性を含む。環境法領域では、例えば、森林損害、北海海洋汚染等の事例で、遠隔地汚染、重合汚染、長期的影響等の理由から特定の負荷行為と特定の損害との間の因果関係の証明が困難であるために、損害の未然防止を目的とする危険防御に限界があることが指摘された。<sup>(60)</sup>

#### a. 時間的近迫性

時間的近迫性を要件とすることによって、将来の危険を含まない。<sup>(61)</sup> また、環境汚染物質の人、動植物に対する長期的影響は、通常は、一般的危険に当たらない。<sup>(62)</sup>

時間的近迫性はしばしば充分な蓋然性の条件と一体的に説明される。例えば、Wolff は「一般的危険概念は近迫した危険ないし近迫した違反を前提とする。損害発生が蓋然的であればこの条件は存在する。一方で、損害の単なる推定または隔たった可能性では足りない」ところ、<sup>(63)</sup> Lütke は「警察法の一般条項は近迫した危険を前提とし、この条件は損害発生が客観的事実に基づいて充分な蓋然性がある場合に存在する」ところ、<sup>(64)</sup> Davy は蓋然性を危険の近迫性の基準

ととらえる。<sup>(65)</sup>しかし、公衆と市民の安全性確保を目的とする危険防御の性格、予防原則における将来配慮との関係等を併せ考えると、さらには、蓋然性は高いが、時間的な近さが予測されない場合がありうることを考えると、近迫性と十分な蓋然性とは危険の別個の条件と見ることができる。

## b. 空間的近迫性

空間的近迫性の条件は、環境法では、古典的危険防御を根拠とする遠隔地・重合汚染による森林被害、北海汚染の未然防止の許容性如何を起点とし、一般的にはこれを消極に理解したうえで、危険防御の限界を克服することに予防原則の一つの意義が求められた経過がある。連邦行政裁判所 (Heidelberger Fernheizwerke 事件)<sup>(66)</sup>も、連邦イミッシオン防止法上の予防原則規定 (現五条一項二号) は、施設の影響地域に予測されるイミッシオン (同一号) に限らず、大気汚染物質の遠距離移送に伴うイミッシオンをも対象とすべきことを判示した。

## (4) 蓋然性基準

### a. 十分な蓋然性 (hinreichende Wahrscheinlichkeit)

a) 危険の判定は蓋然性の充分性による (通説)<sup>(67)</sup>。それ故、単に理論的可能性では危険の判定条件を満たさない。<sup>(68)</sup>危険防御は比例原則にしたがい (後記)、十分な蓋然性基準も比例原則に根拠をもつ。<sup>(69)</sup>公権的干渉の名宛人に対する関係では過剰禁止律に服する。<sup>(70)</sup>

判例もこれと軌を一にする。例えば、BVerwGE 47, 31 14, 「警察・秩序管轄官庁が干渉しなければ重要な保護法益を十分な蓋然性をもって危険に侵害するさらずであろう場合には近迫した危険 (基本法一三条三項) が存在する。危険状態の判断に際しては比例原則に配慮しなければならない」とい<sup>(71)</sup>い。Heizöltanks 事件判決も、「予見できる将来に、十分な蓋然性をもって損害発生が計算されなければならない」とい<sup>(72)</sup>う。

このように十分な蓋然性は損害発生の際の蓋然性とその充分性によって評価されるから、蓋然性を評価できずあるいは充分性を評価できない場合には、一般的授權条項に基づく公権的危険防御を正当化できない（但し、危険の疑いについては後記）。

b) 国家は将来における損害発生の実確な予測はできず、危険予測には不可避免的に不確実性が内在する。国家が国民に対して完全な安全性を保障することもできない。<sup>(73)</sup> 環境法も例外ではなく、予防原則もゼロ・リスクを求めるわけではない。<sup>(74)</sup> 連邦憲法裁判所も、「立法者に、その保護義務に配慮して、技術上の施設とその操業の許可によって生じる可能性がある基本権侵害を、絶対的確定性をもって排除する規制を求めることは、認識の限界の否定を命じ、かつ、技術利用の許可を広く禁止することになる。社会秩序の形成には、その評価は現実的な認識の限界に基づいて行わざるをえない。現実的認識の限界を超える未知は回避困難で、その限りでは、社会衡平上の負担として全市民が負担しなければならぬ」と判示する（Kalkar 原発事件）<sup>(75)</sup>。

## b. 蓋然性

Nell は、①古典的蓋然性（Bernoulli/Laplace による定義：母数に対するある事象発生数の割合）、②客観的（統計的）蓋然性（Mises による定義：相対頻度）、③客観的・仮定的蓋然性（Carnap による定義）、④主観的蓋然性を區別し、主観的蓋然性の一つとして、「信頼の程度としての蓋然性」を挙げ、不確実性のもとでの判断であることを強調する。<sup>(76)</sup> 法律学、特に、危険防御論では、蓋然性は有害性ないし因果関係の証明との関連での科学的確定性の程度（裏がえせば「不確定」の程度）を示す。蓋然性は不確定な状態における結果発生の実確率を意味する。不確実性が  $a$  である事実は、裏がえせば、確定性が  $1-a$  であることを意味する。危険は蓋然性の充分性を判定条件とする。蓋然性はしばしば可能性と対比して用いられる<sup>(77)</sup>（また、リスクを（潜在的）可能性によって論ずる説がある）。この場合には、蓋

然性は現実性を前提とするが、可能性は必ずしも現実性を問わず、理論的可能性で足り、蓋然性が低い状態を含む。

蓋然性は定量的概念であり、<sup>(78)</sup>損害発生確率の要素 (Häufigkeit) と確実性 (裏がえせば、不確実性) の程度の要素を含む。<sup>(79)</sup>不確実性 (Ungewißheit od. Unsicherheit) は発生確率評価の基礎となる一般的生活経験ないし科学的知見 (リスク調査結果) に内在する不確実性をいう。これが完全に確実と評価できる場合には、それによって導かれた発生確率はそのまま損害発生の蓋然性と評価できるが、現実には、環境法の領域を含め、技術的安全法の領域では極めて特殊の状態以外にはあり得ない。疫学調査、動物実験、志願者実験等も、必然的に、調査の前提条件、調査方法等に起因する大きな不確実性を内包する。このような内在的不確実性は、必然的に、損害発生の蓋然性の定量的評価の誤差 (不確実性) を拡大する。

この点について、知見が不確実の場合は損害発生の蓋然性も少ないとする True の主張<sup>(80)</sup>に対して、「それ自体、論理性を欠く」とする理解がある。<sup>(81)</sup>蓋然性の判断には、その範囲で、利用できる現実の経験が欠けており、未だ研究されていない危険は経験的に証明されているより大きいおそれもあるというのがその理由であるが、<sup>(82)</sup>同調できない。蓋然性が充分な知見によって確実に証明されることは、現実には稀で、既存の一般的生活経験ないし科学的知見によって評価される蓋然性は大なり小なりの不確実性を内在するから、そこでは把握される蓋然性が真実の蓋然性と異なることは当然で、結果的には蓋然性が少ない場合もあるし、大きい場合もあることはその通りであるが、危険防御あるいは予防原則の領域で問題なのは真の蓋然性ではなく、危険防御あるいはリスク配慮措置を決定する時点で認識可能な蓋然性の評価である。単に、その時点では評価できないが、真実の蓋然性は充分性の条件を満たすかもしれないというような不確実性の高い根拠によって、その時点では不確実性が大きい知見に基づいて評価された蓋然性と確実性が大きい知見に基づく蓋然性とを同列に評価することには無理がある。

## c. 蓋然性の充分性とその評価の弾力性

危険防御における損害発生 of 充分な蓋然性は、純概念的には、絶対的大きさを意味せず、<sup>(83)</sup> 自然科学的方法で導かれた蓋然性のみで決まるわけでもない。<sup>(84)</sup> 充分性に関する判断は危険防御を目的とする政策裁量の要素を含むが故に、弾力性、<sup>(85)</sup> Rehinder によれば、「危険概念の相対性 (Relativität) と状況対応性 (Situationsbezogenheit)」<sup>(86)</sup> を特徴とする。即ち、蓋然性の程度に対する条件は損害の種類と規模 (損害の質的・量的要素)、近迫性および危険防御措置によって、弾力的に評価される (je desto の公式 (俗称: Faust の公式) : 通説<sup>(87)</sup>)。

判例も同旨である。例えば、連邦憲法裁判所が、初期段階で、「認可の結果発生するかもしれない損害発生 of 蓋然性を可能な限り最小にしなければならず、損害の種類と結果が重大であるほどその蓋然性も小さくなければならない」とい (Karlsruhe 事件)<sup>(88)</sup>、最近も、「潜在リスクが大きければ大きいほど、損害発生を予知するについての蓋然性の閾レベル (これを超えると国家が効果的な保護措置を講ずべき水準) は低くなる」<sup>(89)</sup> という (粒子加速実験事件)<sup>(90)</sup>。連邦行政裁判所も、「発生するおそれがある損害が非常に大きい場合には、損害発生 of 蓋然性に対する条件は相対的に少ない」とする (前掲 Heizöltanks 事件)。

## a) 損害の種類と規模

損害の質と量と蓋然性の充分性が Teleo の関係にあることについては争いがなく、<sup>(91)</sup> 一般的には、①保護法益の優先度が高いほど、損害発生 of 未然防止努力は大きくなること、および②潜在的損害の規模が大きいほど、発生 of 蓋然性に対する要請は小さくなること、という裏がえしの二つの内容を含む。<sup>(92)</sup> 学説には質的要素のみ、<sup>(93)</sup> あるいは量的要素のみ<sup>(94)</sup> を論ずる例も見られるが、全体として、質・量双方の要素によって蓋然性の条件を弾力的に評価することを否定する趣旨ではないと考えられる。<sup>(95)</sup> 例えば、Martens が、蓋然性の充分性の要素について、「第一に、保護法益の優先性、

第二に、発生のおそれがある損害の大きさと重大性」といって、Kutschardt が「Je desto ist, 一般的には、保護法益の優先度が高いほど、損害発生のため防止努力は大きくなること、および潜在的損害の規模が大きいほど、発生の蓋然性に対する要請は小さくなることという二つの要素をもつ」といい、Jung が「危険概念は警察法に由来し、客観的に予期される事象の妨げられない経過のもとで、損害をもたらすおそれがある充分な蓋然性、損害は重大でないとはいえない保護法益の侵害によって評価する。損害概念と危険概念は相対的性質をもち、損害の大きさないし危険にさらされる保護法益の重大性が高いほど、危険を根拠づける蓋然性は低くて足る」というのは一例である。<sup>(98)</sup> それ故、例えば、原子力利用に伴う放射線起因リスクのように、事故が発生すれば極めて甚大な損害が予測される場合には、事故の蓋然性は極めて小さくても予防原則の射程に属することは無論、充分性の条件を満たすこともあり得る。<sup>(100)</sup>

損害の質は危険防御によって保護される基本権の優先序列が高いことを意味し、生命・健康は高い優先序列を認められる。Muschler が「生命、健康も絶対的保護は保障されないが、保護法益として優先性を認められ、不特定多数の人が客観的に微かな損害発生の可能性があれば、危険ととらえてよい」というのはこの例である。<sup>(101)</sup> また、量は損害の大きさ、不可逆性<sup>(102)</sup>、規模を意味する。連邦行政裁判所も、基本的人権としての自由の保護法益としての高序列性を認め（但し、環境法の事例ではない）、<sup>(103)</sup> 「発生するおそれがある損害が非常に大きい場合には、損害発生の蓋然性に対する条件は相対的に少ない。例えば、すべての経験に照らして、損害発生の蓋然性が非常に小さい場合または隔たった可能性があるに過ぎない場合でも、損害が大きい場合には、危険防御が正当化されるだけでなく、これを命じられる」という（前掲 Heizoltanks 事件）。

b) 近迫性

損害発生の近迫性の条件と蓋然性の程度との間の弾力性を指摘する学説は多いとはいえない。また、損害発生の近



迫性の条件と十分な蓋然性の条件との関係も必ずしも明確でない。第一説は双方を独立した条件と解し、第二説は重大な保護法益に対する損害発生<sup>(104)</sup>の充分な蓋然性があれば近迫した危険を認める。例えば、連邦行政裁判所は「警察・秩序管轄官庁が干渉しなければ重大な保護法益が充分な蓋然性をもって侵害される場合には近迫した危険が存在する」という<sup>(104)</sup>。しかし、連邦行政裁判所の判断は「重大な保護法益」があることを留保している。事案判断としては肯首できるが、二つの条件は各々固有の条件と考えるべきものと思われ、この場合にも二つの条件の間には弾力的相対性を認めることが合理的である<sup>(105)</sup>。即ち、時間的<sup>(106)</sup>近迫性と空間的<sup>(106)</sup>近迫性は、ともに、蓋然性の程度に対する条件（充分性の判断）と相対的な関係にあり、損害発生<sup>(106)</sup>の近迫性が高いほど、損害発生<sup>(106)</sup>の蓋然性は低く足ると考えられる<sup>(106)</sup>。さらに、近迫性の条件は損害の質的・量的<sup>(107)</sup>重大性に対して弾力的で、蓋然性の程度が同じでも、損害の重大性が高いほど、近迫性の条件はより緩やかで足る<sup>(107)</sup>。

#### c) 達成目標

Marburger は、弾力性の要素の一つとして達成目標を挙げ、「（損害および）達成目標が大きいほど、蓋然性の程度は低く足る」と主張する<sup>(108)</sup>。この目標は基本権保護義務に反しない範囲で裁量的であるから、高い目標を目指して危険防御措置を講ずる場合には、そうでない場合に比較して蓋然性に対する要請は低下すると考えられる。その意味で Marburger の主張は、予防原則との関連では無論、危険防御領域でも理解できる。

#### d) 危険防御措置

危険防御措置の態様との関係でも、蓋然性の充分性は弾力的にとらえることができる。例えば、危険性を伴う種類と濃度の土壤汚染の事例を想定すると、蓋然性の充分性の条件が、土壤浄化措置との関係では充足されないが、モニタリング措置との関係では充足されると解する余地がある。

### 3 危険の多様性

#### (1) 具体的危険と抽象的危険

##### a. 学説

a) 具体的危険 (konkreten Gefahr) と抽象的危険 (abstrakten Gefahr) とは区別されるが、部分的には重なり合う。<sup>(109)</sup>

具体的危険は個々の事例で十分な蓋然性をもって損害を発生させるおそれがある状態と理解される。<sup>(111)</sup>

これに対して、抽象的危険は一定の種類の行動または状態を一般的・抽象的に考察すると、個々の場合に十分な蓋然性をもって損害を発生させるおそれがある状態をいう。<sup>(112)</sup> 単に具体的危険を考へることができるといふだけの状態で、

一般的生活経験または専門機関の知識によれば、場合によつては、危険が生じるといふ状態ないしは単なる仮説的、想像可能で、典型的な場合には危険を生じる事実関係とする説明も、数理的ないし統計的に個別事例で十分な蓋然性を

もつて損害発生のおそれを導くことができる限りでは、本質的な差はないと考えられる。<sup>(114)</sup> (単に、理論的には考えられるというだけでは足りない)。危険を防止するための法規範の根拠としては抽象的危険で足る。<sup>(115)</sup> このほか、抽象的危険

は安全法上の法令制定の前提で、規範的規制に対して一般・抽象的に判断されたとする説明は、立法レベルの危険防御が抽象的危険を基礎とする場合が通例であるという限りでは正しいし、損害防止に関する国家の一般的責務を履行する方法として損害をもたらすことを禁止する方法と禁止違反を防止する方法の二つがあり、前者は抽象的危険の防御であり、後者は具体的危険の防御とする説明も、同じ意味で正しいが、行政レベルでの当てはめとしての古典的危険概念としての抽象的危険は、前記の理解で足ると考えられる。<sup>(116)</sup>

b) 危険防御は損害発生前の段階で損害発生 of 未然防止を目的とするが、環境法領域では多数事例から数理的・統計的に導かれる確率的予測を基礎とせざるを得ない場合が多いから、具体的危険に限らず、抽象的危険でも足るとされる(通説と思われる)。(117) 具体的危険と抽象的危険とで蓋然性の程度に差はなく、抽象的危険も損害発生 of 蓋然性が充分であることを要する。

## b. 判例

判例も具体的危険と抽象的危険の区別を学説と同様にとらえる。連邦行政裁判所の先例(前掲 *Heislahans* 事件)は、「原審は具体的危険と抽象的危険の区別を有害な結果(ここでは地下水の有害な汚染)の蓋然性の程度にしたがった一種の段階づけと誤解した。損害発生 of 充分な蓋然性は個別事例で必要である。二つの概念は、ともに予期される損害発生に係わり、蓋然性の程度に関する条件は同じで、違うのは考察方法だけである。具体的危険では、具体的に、即ち、個々の事例において、抽象的危険では抽象的・一般的に、即ち、典型的な事例に関する。判断される具体的な個別事例において、予見できる将来に、充分な蓋然性をもつて損害発生が計算されるのでなければならない。一定の種類の行動または状態についての一般的・抽象的な考察によつて、個別事例で充分な蓋然性をもつて損害が発生する結果がもたらされる場合に、抽象的危険が存在する」旨を述べた。また、危険な動物の飼育が争われた事例でも、ニードーザクセン州危険防御法に基づく抽象的危険の防御のための命令発令権限の授權規定(二条二号)における抽象的危険について、「一般的生活経験または専門機関の知見にしたがつて同条一号に定める危険の発生を示す事実状態、即ち、個々の場合に公的安全性に対する損害が近い時期に発生する充分な蓋然性が存在する事実状態」としたが、これは充分な程度の蓋然性を求める意味で、具体的危険の場合の充分な蓋然性と抽象的危険の場合のそれは完全に同一で、具体的危険は個々の具体的事例における予測、抽象的危険は一般・抽象的判断である点に差があるに過ぎないと説明

される。<sup>(120)</sup>

## (2) 客観的危険と主観的危険

危険は客観的に存在しなければならない（通説<sup>(121)</sup>）。主観的危険、想像上の危険は危険に当たらず、古典的危険防御としての公権的干渉を適法化しない。

判例も、プロイセン上級行政裁判所の先例（Preuß OVG 77, 333(338)）以来客観的危険を求め、連邦行政裁判所判決も、「危険は公的安全性が秩序に対する損害の客観的可能性が存在する場合<sup>(123)</sup>」とし、あるいは「客観的に予期される事象の妨げられない経過<sup>(124)</sup>」として、客観性を強調する。

とはいえ、危険の存在に関する管轄官庁の蓋然性判断は本質的に主観性を脱し得ないから、客観的危険は経験・科学的知見等の客観的根拠に裏付けられた主観的判断と理解される。<sup>(125)</sup>

## (3) 仮想・誤想危険・表見危険

a. この三概念はしばしば主観的危険と論じられる。「危険の疑い」（後述）を含め、概念区分について定説があるとはいえないものの、<sup>(127)</sup> いずれも一般的授權条項に基づく公権的干渉が行われたが、結果的に危険が存在しなかった場合に、公権力行使の違法性の有無、国家賠償・補償義務の存否との関連で論じられ、以下の二つの事実状態を含むと考えられる。

i 警察・秩序管轄官庁が、十分な事実上の根拠なくして、危険の存在、即ち、十分な蓋然性をもって損害発生が近迫していると判断したが、その判断に客観的根拠が存在しない事実状態。

ii 管轄官庁が、十分な事実上の根拠なくして、危険の存在、即ち、十分な蓋然性をもって損害発生が近迫していると判断し、その判断が危険の存在に関する専門的知見を基礎とする事実状態

本稿では、前者を同義的に仮想危険ないし誤想危険とし、後者を表見危険と理解する。

b. 仮想危険 (Scheingefahr)・誤想危険 (Putativgefahr)

両者は類語で、主観的危険に属する。古典的な意味での危険は存在せず、表見危険、危険の疑いと異なり、行政命令権限の根拠とならず、<sup>(128)</sup> 一般的授權条項に基づく危険防御のための公権的干渉行為は違法となる (通説<sup>(129)</sup>)。

c. 表見危険 (Anscheinsgefahr)

a) 総論

表見危険の概念についても理解の一致があるとはいえず、主観的観点から (だけ) の危険<sup>(130)</sup> (この理解では仮想・誤想危険との区別が明確でないが、Darnstädt は「表見危険は意味がないが、害もない」という<sup>(131)</sup>、あるいは「事前的には警察当局が危険が存在するとみなすが、事後的には状況が損害をもたらすに全く適さない場合<sup>(132)</sup>」とする理解も見られるが、ここでは「客観的な損害適性を欠き、官庁がその状態を危険があると主観的にみなしたが、その判断が専門的公務官または第三者の判断に依拠している場合<sup>(133)</sup>」あるいは、「客観的には危険は存在しないが、官庁が義務的査定によつて危険とみる場合およびそう見ることが許される場合<sup>(134)</sup>」とする理解にしたがう。主観的判断でありながら、危険の存在に関する専門家による裏付けがある点で仮想危険・誤想危険と異なる。その専門家の裏付けが客観的根拠を欠く主観的判断である場合 (第一類型の表見危険) と、客観的経験ないし知見である場合 (第二類型の表見危険) を区別できようが、前者は主観的危険の一類型 (仮想・誤想危険) と考えることができる。

危険防御における表見危険の位置づけについては説が分かれる。

b) 表見危険と危険の疑い

二つの概念については必ずしも統一的用法があるとはいえない。<sup>(135)</sup> 両者を区別するのが多数説であるが、<sup>(136)</sup> 同義的に用

いる例も見られる。<sup>(137)</sup>多数説によれば、表見危険は主観的概念に属し、危険の疑いは客観的概念に属する。前者は、警察当局が近迫した損害発生につき十分な蓋然性の存在を示す専門家の見解を根拠として危険が存在すると判断した場合であるに対して、後者では警察当局が危険の存在につき確信をもたない場合を想定する。

法治国家原則に照らせば、危険概念は法律の留保の制約のもとで一般的授權条項に基づく基本権に対する行政レベルの公権的干渉の限界を画する機能をもつ。それ故、危険の存在を警察・秩序管轄官庁の主観的判断に委ねることを消極に解する方向は合理性をもつ。しかし、危険の存在、したがって蓋然性の充分性に関する判断は、判断自体に内在する主観性を排除できないために、危険の客観性は主観的判断の根拠とされる事実の客観性に帰着すると考えられる。

#### c) 表見危険と危険

表見危険が(真正)危険(*echte Gefahr*)に当たるかについても、学説は積極説<sup>(138)</sup>と消極説<sup>(139)</sup>に分かれる。Bergは、警察法上の干渉の前提条件を考えると、表見危険も真正危険から区別されず、危険防御措置としては、原則として、啓蒙措置および暫定的安全措施が最終的干渉に先行するから、危険が表見的か、危険の疑いか、事実上近迫した危険かで差はないとする。<sup>(140)</sup>

BVerwGE 49, 36 39, 「危険と表見危険の区別は重要でないようにみえる」という。<sup>(141)</sup>

#### d) 小括

表見危険の法的問題として二つの局面が考えられる。第一は、危険を根拠とする公権的干渉の違法性が争われる局面において、それが実は表見危険である場合で、危険の証明問題として処理される。第二は、公権的干渉に基づいて被命令者が実施した危険防御措置の結果、危険が存在しなかったことが判明した場合における公権的干渉の違法と補償・賠償責任が争われる局面である。連邦土壤汚保全法施行前の段階における土壤・地下水汚染調査命令に関してし

ばしば争われたが（判例、学説は調査命令に合理的根拠が認められた場合には違法性がないと解釈したが、土壤汚染関連の問題は同法制定（九条）によって立法上解決された）、ここでも意思決定時点における危険の証明問題に帰着すると考えられる。それ故、表見危険の概念の危険の疑いに対する固有性が何かが問われよう。<sup>(142)</sup>

#### (4) 集積型危険 (Incremental Gefahren)

集積型危険は、それ自体では有害性、危険性、本質的侵害性（民法典九〇六条）の閾値に満たないが、同種の他の多くの要素が寄与しあうことによって重大な規模の損害または危険をもたらすおそれがある場合と説明される。森林被害防止との関連で論じられる遠隔地・重合汚染問題もこの類型の一つだが、<sup>(143)</sup>環境負荷起因損害に係わる危険は多くの場合この類型に属する。<sup>(144)</sup>

#### (5) 潜伏性ないし潜在的危険 (Latente- od. potentielle Gefahr)

潜伏性ないし潜在的危険は、それ自体は危険ではないが、新たな状況が加わることによって損害の発生が懸念されるに到る場合<sup>(145)</sup>あるいは決定時点では危険性が認識できなかったが、その後数十年にわたって徐々に進行した環境変化によって危険源ないし違反源になった事実状態と説明され、<sup>(146)</sup>元々は住居または植物栽培に供されていた土地が近隣の道路交通量が増えたことによって交通障害が生じるようになった例（消極例）<sup>(147)</sup>、当初は郊外にあった養豚施設の周辺に徐々に居住者が増え、これら近隣者に騒音、悪臭等の侵害を与えるようになった例（積極例）<sup>(148)</sup>などが挙げられる。<sup>(149)</sup>判例上発展された概念だが、古典的な意味での危険に当たらない（通説）<sup>(150)</sup>。

## 4 危険の判断と証明

### (1) 判断基準

古典的危険防御における危険の判断は、警察・秩序管轄官庁の一般的生活経験を基礎とし、その時点における事実状態と認識水準を基準とする判断とされてきた(通説・判例<sup>(151)</sup>)。しかし、技術的安全法の領域では、技術革新と革新的技術の導入に起因するリスクを生活経験によつて予測することができない事態が恒常的に生じる。このことは、一方で、危険防御を限界づけ、他方で、リスク管理の二段階説に理論的基盤を提供する(環境管理の法領域も例外でない)。それ故、危険の予測判断は、純経験的判断に限定されず、実験あるいは統計その他の科学的知見を基礎とすることを排除しない<sup>(153)</sup>。判例も同旨で、連邦行政裁判所 (Voerde 事件)<sup>(154)</sup> は「イミッシオンが侵害をもたらすに足るか否かは、一般的生活経験、特に科学水準にしたがう」とする。

### (2) 事後改善義務

危険は公権的機関の意思決定時点で存在しなければならない。危険防御は基本権保護義務の射程領域であり(後記)、基本権保護義務は事後改善義務を含む(通説<sup>(155)</sup>)。連邦憲法裁判所も同じで、航空機騒音事件<sup>(156)</sup>では「憲法上、立法者は、従前合憲と考えられていた規制を事後改善することを義務づけられる。即ち、立法者が決定を行い、その決定の基盤が法律制定時点では未だ予知できなかった新展開によつて疑問となった場合には、憲法を理由に、従来の決定が状況の変化のなかでも正当化されるか否かを検討すべきものとすることができる。このような事後改善義務は、基本法関連領域では、特に、国家が認可の前提条件を創出することによつて、および認可を付与することによつて、基本権侵



害に対する固有の共同責任を引き受ける場合に考慮することができる (Mülheim-Kärlich 原発事件<sup>(157)</sup>参照)。一九七〇年代初頭以降の航空航行数の飛躍的増加、エンジンの改良等の事情による騒音状態の深刻化、技術の進歩と科学的知見の蓄積等の事情を考えると、航空機騒音防止の領域ではこのような事後改善義務が妥当する」といい、低層オゾン・自動車速度制限請求事件<sup>(158)</sup>では、「基本権関連領域における規制の事後改善義務は、従来は合憲とされた規制がその後の状況の変化によって憲法上耐えがたいものとなり、かつ、公権的機関が無為に放置することによって明らかに基本権に違反している場合に限り、確定することができる」といい、電磁波障害事件<sup>(159)</sup>でも「法規命令制定者による事後改善義務違反は、健康保護を目的とする本来適法な規制が新知見または状況の変化に基づいて憲法上支持できないものとなったことが明らかな場合に初めて裁判上確定することができる」とする。

それ故、公権的機関の当初の意思決定時点では危険が認められなかった場合でも、爾後の生活経験、科学的知見の蓄積によって、あるいは事実状態の変化によって、危険が存在すると認められるに到った時点で、事後改善を目的とする危険防御措置を求められる (予防原則における最新化律もこの考え方である)。

### (3) 証明責任の帰属

ここでの証明責任は、訴訟当事者間の証明責任配分問題ではなく、行政レベルの公権的干渉の根拠の問題である。一般論としては、証明責任の帰属は公権力行使の根拠規定の規定形式にしたがうから、一定の条件のもとでの推定規定等の方法で被干渉者の側に証明責任を課す規定形式も考えられないではないが、ここでは警察・秩序法上の一般的授權条項の解釈問題である。

例えば、Roth-Stielow は原子力法上の施設認可に関して、知見の欠如は事実確定の領域でも影響を与えろとい (例えば、施設の影響地域での一定物質による負荷の測定手法の欠如)、このような場合の法的解決について、一つの考え

方は、知見の欠如によってリスク判断に支障がある場合はすべて認可を拒否する方法で、<sup>(160)</sup>この場合には事業者に証明責任を課することになるが、この証明は事実上困難であるから、実質的には禁止となる。もう一つの考え方は、知見の欠落、非危険性の証明責任を事業者側にしないとするもので、この考え方によれば官庁が損害の可能性を証明しなければならぬが、危険防御の場合には第一の考え方によって認可を拒否することは許されないといい、<sup>(161)</sup>Sabert は、危険の疑いを論ずるなかで、危険の不確実性を危険の存在に関する不確実性、危険の範囲および講ずべき浄化措置に関する不確実性、危険原因者の不確実性の三類型に区分するが、<sup>(162)</sup>ここでの問題は第一類型である（ここでは職権調査原則により、官庁側の危険の存否調査義務を軽減する目的の処分は認めらない）。

危険の存在、即ち、危険の要件事実（損害発生のおそれ、充分な蓋然性、近迫性、客観性）の証明は、行政法上の証明責任の原則規定（行政手続法二四条）にしたがって職権探知原則に服し、<sup>(163)</sup>公権的干渉を行う公権的機関側にある（通説）。<sup>(164)</sup>一般論としては、危険を官庁が証明できない場合には危険防御が正当化されず、<sup>(165)</sup>仮想危険、誤想危険の状態は証明段階で判明すると考えられる。連邦行政裁判所も、行政法・私法を問わず、各当事者は自らに有利な規範の前提条件について証明責任を負うのが原則といい、<sup>(166)</sup>リスク状態と配慮措置の相当性の証明責任を公権的機関側に課す。<sup>(167)</sup>

## 5 法律効果

### (3) はじめに

わが国と異なり、ドイツ法上は基本権保護義務が確立している（通説・判例）。環境法領域も例外ではなく（前記 Kalkar 事件、Mülheim-Kärlich 原発事件等）。<sup>(168)</sup>基本権保護義務の要件事実は他の法領域と比較して厳しくもないし、緩

やかでもない。

Rehinder が「伝統的危険防御は国家の保護義務の領域で、危険は、その種類と範囲には比例性の観点が機能するといえ、無条件で防止すべきもの」とい<sup>(169)</sup>、Jung が「危険が存在する場合には、国家は直接危険防御のための保護義務を負う」という如く、基本権保護義務は危険の存在を前提とする（通説）<sup>(170)</sup>。

判例も同旨である。例えば、不確実な科学的知見を根拠とする予言的リスク（apokalyptischen Risiko）あるいは科学的知見の不存在による所謂未知のリスクに対する法的評価が論点とされた事例（粒子加速実験事件）<sup>(171)</sup>で、連邦憲法裁判所は、憲法異議が許容されるのは、憲法上異議申立ができる権利に対する公権的干渉行為による直接的侵害がその時点で存在する場合に限り（基本法九三条一項四号 a、連邦憲法裁判所法九〇条一項）、申立人はこの権利違反のおそれを実証的に充分説明しなければならないが、本件では、基本法二条二項一文に基づく基本権違反のおそれがあることの説明がないとの理由で、本件憲法異議を不受理とし<sup>(172)</sup>、「基本法二条二項一文に基づく保護義務違反を理由とする憲法異議は、危険の存在が充分な専門的議論の水準に基づいて説得力をもつ場合に限り認められる」と述べた。このことは、危険領域が基本権保護義務の射程に属すること、基本権保護義務が危険の存在を前提とすることを意味する。このように、危険防御は基本権保護義務に服し、国家にとって拘束的に作用する点で国家にとって裁量的領域の予防原則と異なる。このような法律効果（国家に対する拘束的作用）は予防原則の射程範囲のうち危険防御を超える領域には妥当しない。基本権保護義務はしばしば干渉による保護といわれるが、加害者側の基本権に対する干渉によって被害者側の基本権を保護する。それ故、一方で、危険概念は公権的機関による加害者側の基本権干渉を限界づけるとともに（過剰禁止律）<sup>(173)</sup>、他方で被害者側に対する保護の不作為を限界づける（過少禁止律）。

## (2) 立法レベルの基本権保護義務

基本権保護義務の名宛人は公権的機関であるから、行政、司法レベルでも妥当するが、行政、司法レベルの公権的行動は法律の範囲に限るという意味で、一義的には、立法レベルで作用する。それ故、立法レベルで危険防御領域に対する法制度上の対応が不作為あるいは完全に不十分な場合には、事後改善義務を含め、基本権保護義務の対象となる（ドイツの場合、特別の立法を経由しなくても行政レベルの古典的危険防御が可能であるが、立法上の基本権保護義務違反が生じる余地がないわけではない。例えば、電磁波の健康影響が争われた連邦憲法裁判所の事件<sup>(176)</sup>では、既に電磁波に関する限界値が定められた時点で、基本権保護義務を理由とするより高い水準の限界値への事後改善義務が問われたが、限界値制定前の段階で、新技術導入に伴う新たな安全性問題への対応としての被害者の基本権保護を古典的危険防御だけに委ねることで足りるとは限らない。また、下級審の例だが、遺伝子工学施設の設置・操業につき連邦イミシオン防止法に基づいて付与された認可を、同法は遺伝子工学に伴うリスク管理に関する法制度が充分とはいえないとの理由で、違法とした例<sup>(177)</sup>がある）。

## (3) 行政レベルの基本権保護義務（羈束性）

古典的危険防御は裁量的規定形式を通例とするが、この行政レベルの危険防御も基本権保護義務の対象となる。一般には個別の行政行為（処分行為等）によるが、規則制定（法規命令等）による例もある（前掲・BVerwGE 116, 347）。危険防御の射程が個別法によって拡大される例は少なくない（例えば、連邦伝染病予防法）。環境法領域でも危険防御の発現形式の一つと評価される連邦イミシオン防止法上の施設設置者の基本的義務の一つとしての危険防御義務規定（七条一項一号）は、近隣保護を内容とし、対第三者効を有するが、同号の危険防御の範囲は損害に限らず重大な不利益、重大な負荷を含み、かつ、伝統的保護法益のほか環境財に対する損害等を含む点で古典的危険防御の射程

を拡大している。この拡大部分について行政レベルの基本権保護義務が及ぶかについて、学説は必ずしも明確とはいえない。しかし、基本権保護義務が（被害者の）基本権侵害に対する保護を内容とする以上、過少禁止律に適合しない基本権侵害を超える範囲にまで基本権保護義務の射程を拡大することは困難と考えられる。

## 注

- (12) Luhmann, N., *Soziologie des Risikos*, 28(1991).
- (13) Davy, B., *Gefahrenabwehr im Anlagerecht*, 264(1990).
- (14) Giese, K.J., *Sicherheitspolizeirecht*, in: Backmann, S./Baumgartner, G./Feik, R./Giese, K.J./Tahnel, D./Lienbacher, G.(Hrsg.) *Besonderes Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., 5(2008).
- (15) Rehinder, E., *Ziel, Grundsätze, Strategien und Instrumente*, in: AKUR(Hrsg.), *Grundzüge zur Umweltrecht*, 135(2007).
- (16) Hillmann, B./Fitz, R., *Polizei- und Ordnungsrecht*, in: Friauf, K.H.(Hrsg.) *Handbuch für die öffentliche Verwaltung(HÖV)*, B.2., 88(1984).
- (17) *PROVGE* 77, 333(338)° はかじ *PROVGE* 9, 353 等。
- (18) Plischka, *Technisches Sicherheitsrecht*, 97(1969); Lukes, Teil II, 114; Friauf, K.H., *Polizei- und Ordnungsrecht*, in: v. Münch. I.(Hrsg.) *Besonderes Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., 201(1985); Poscher, R., *Gefahrenabwehr: eine dogmatische Rekonstruktion*, 30(1999).
- (19) BGHZ 5, 144=NJW 1952, 586, 事案と判示・理由(抄)は以下のとおりである。

「事実」一九四九年当時「レクレーシオン、娯楽目的での夜間の自家用車利用が禁止されており(車両利用令(GVBl. VerWiGeb 1949, 1) および特別命令)・道路管理当局が夜間、ナイトクラブの前に路上駐車していた原告の自家用車に違反警告を貼り、一時間半後も同じ状態だったため、店にいた原告を呼び出し、運転目的を職務質問したが、原告は具体的な回答をせず、それ以上の回答を拒んだ。このため、警察官は免許証を没収と、帰宅に必要な一回限りの運転許可の付与を通告したが、原告がこれを拒んだので、警察官は免許証を預かり、原告の身柄を警視庁交通監視官に引渡した。その後原告は免許証の取り戻しを求め、拒否されたので、免許証取り上げの結果業績が著しくさがった旨主張し、損害賠償を求めた。

〔判示・抄〕 1 警察は、警察上の危険が客観的に存在する場合に、公的な秩序と安全の保護のために活動する権限を有するだけでなく、事実状態が合理的な裁量によれば危険に発展するおそれがある場合にも、危険の存在または不存在に関して明確にするためまでの干渉行為を行うことができる。

2 過失によって警察上の危険の表見をもたらした者は、これに起因する警察措置によって生じた財産的不利益の賠償を請求することはできない。

〔理由〕 1 本件特別命令の適法性を検討する必要がある。特別命令をまたずとも、秩序行政法一四条に基づいて、現行法の枠内で、警察・秩序管轄官庁は、義務的裁量にしたがって公衆または個人を、公的な安全と秩序に近迫する危険から防御するために不可欠な措置を講じなければならない (BGHZ 5, 147 f.)。

2 違反者に対する適法な警察権限は警察義務者に対して向けられ、公衆の利益のために特別の犠牲を課さない。違反者としての性格には、その者の行動またはその者に帰すべき物の事の状態が客観的に警察上の危険を生じるか否か、その行為または状態がなければ発生しないか否かが決定的である (BGHZ 5, 151 f.)。

(20) 一九三一年プロイセン警察行政法 (PreußPVG) の例：「警察・秩序管轄官庁は、公衆または個人を、公的安全性または秩序が与えられる危険から防御するために、現行法の枠内で義務的裁量にしたがって必要とされる措置を講じなければならない。」(一四条一項；Schenke, W.-R., Polizei- und Ordnungsrecht, in: Steiger, U. (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 190(1995))。

(21) Giese, 5.

(22) Wolff, H.J., Verwaltungsrecht III, 43(1966).

(23) BVerwGE 47, 31(40)=NJW 1975, 130.

(24) Schneider, O., Grundsätzliche Überlegung zur polizeilichen Gefahr, DVBl.1980, 406; Hansen-Dix, F., Die Gefahr im Polizeirecht, 19 ff. (1982); Darnstädt, T., Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge(1983); Brandt, E./Smedinck, U., Der Gefahrenbegriff im Polizeirecht, Jura 1994, 225

(25) Lau, C. Der juristische Risikobegriff, 2(2010).

(26) Martens, Immissionschutzrecht und Polizeirecht, DVBl.1981, 597; ders., Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr, DÖV 1982, 94; ders., §11, 9. Aufl., 154; ders., §13. Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung,

- in: Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 221 ff. (1986).
- (27) SRU, Sondergutachten des Rates von Sachverständigen für Umweltfragen(14/2300), 39(1999); Wolff, 44 f.; Darnstädt, 35 ff.; Hillmann/Fritz, 107; Martens, §13., 9. Aufl., 223 ff.; ders., Rechtsfragen der Anlagengenehmigung nach BImSchG, 462; Brandt/Smeddinck, 227; Steinberg, R./Roller, G., Atomrechtliche Schadensvorsorge und “Restrisiko”, in: Schneider, H.-P./Steinberg, R.(Hrsg.), Schadensvorsorge im Atomrecht zwischen Genehmigung, Bestantsschutz und staatlicher Aufsicht, 14(1991); Peters, H.-J., Umweltverwaltungsrecht, 2. Aufl., 8(1996); Jung, T., Der Risikobegriff in Wissenschaft und Gesellschaft, BuGBI.2003, 545; Transfeld, C., Das Vorsorgeprinzip im Lichte der Ökonomischen Analyse des Rechts, 17 f. (2006); Götz, V., Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl., 36(2008); Wiedemann, P., Vorsorgeprinzip und Risikoängste, 17(2010).
- (28) Ladeur, K.-H., Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft: von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement, 9 ff. (1995).
- (29) Murswiek, D., Die Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 81(1985); Stoll, P.-T., Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, 319(2003).
- (30) Berg, W., Die Verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 137 ff. (1980); Fabio, U. Di, Vorläufiger Verwaltungsakt bei ungewissen Sachverhalt, DÖV 1991, 631; Schenke, 203; Möstl, M., Gefahr und Kompetenz, Jura 2005, 51.
- (31) Alberts, H., Atomgesetz und Berstsicherung für Druckwasserreaktoren, DVBl.1978, 26; Marburger, Rechtliche Grenzen technischer Sicherheitspflichten, WiVerw 1981, 248; Friauf, 7. Aufl., 201; Martens, §13., 9. Aufl., 223; Kokott, J., Die dogmatische Einordnung der Begriff “Störer” und “Anscheinsstörer” in einer zunehmend technisierten Gesellschaft, DVBl.1992, 750.
- (32) OVG Lüneburg E15, 383; 24, 413; Ule, C.-H./Rasch, E.(Hrsg.), Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 42(1965); Wolff, 46; Plischka, 107); Mutschler, U., Abstrakter Auslegungsschutz für Kernenergieanlagen gegen Einwirkungen von außen: Rechtliche Aspekte, in: Lukes, R.(Hrsg.), Erstes Deutsches Atomrechts-Symposium, 100 f. (1973); Friauf, 7. Aufl.201; Martens, §13., 9. Aufl.220; Richter, W., Gentechnologie als Regelungsgegenstand des technischen

- Sicherheitsrecht: Rechtliche Steuerung unter Bedingungen der Ungewißheit, 46(1989); Kokott, 750; Reh binder, AKUR, 138.
- (33) Möstl, M., Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 162(2002); Transfeld, 17 f.
- (34) BayVGH, BayVBl.1995, 437(438); BayVGH, UPR 2011, 357; Schink, A., Rechtsfragen der Altlasten, GewArch 1996, 54 f.
- (35) Wolff, 46; Martens, §13., 9. Aufl., 223 ff.
- (36) Martens, §13., 9. Aufl., 221.
- (37) Ule/Rasch, 42; Wolff, 45.
- (38) Friauf, K.H., Polizei- und Ordnungsrecht, in: v. Münch, I.(Hrsg.)Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 124(1995).
- (39) Wolff, 45(1966); Davy, 670.
- (40) Martens, §13., 9. Aufl., 221.
- (41) Wolff, 45; Martens, §13., 9. Aufl., 221.
- (42) OLG Kahrlsruhe, NJW 1978, 1637; Ule/Rasch, 43; Mutschler, 100 f.; Friauf, 7. Aufl., 201; Murswiek, D., Zur Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflichten für den Umweltschutz, WiVerw 1986, 186.
- (43) Murswiek, Die Staatliche Verantwortung, 84.
- (44) Friauf, 7. Aufl., 202; Martens, §13., 9. Aufl., 222.
- (45) Ule/Rasch, 43; Wolff, 45; Murswiek, Die Staatliche Verantwortung, 84; Martens, §13., 9. Aufl., 221. 負荷の限度を 達しない限り Davy, 670.
- (46) Wolff, 45.
- (47) Scholz, R., Verfassungsfragen zum Schutz des Nichtraucher, DB Beilage 10/1979, 22, Rn.9.
- (48) Wolff, 45; Mutschler, 99; Murswiek, Die Staatliche Verantwortung, 84; Martens, §13., 9. Aufl., 221; Denninger, E., Polizeiaufgabe, in: Lisken, H./Denninger, E., Handbuch des Polizeirechts, 116(1992); Schenke, 201.
- (49) Sellner, D., Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 42(1978); Martens, §13., 9. Aufl., 221; Schenke, 201.
- (50) Sellner, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 42.



- (51) Kutscheid, E., Öffentliches Immissionschutzrecht, in: Salzwendel(Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 247(1982).
- (52) Mutschler, 99.
- (53) Ule/Rasch, 43; Kutscheid, Öffentliches Immissionschutzrecht, 84; Martens, §13., 9. Aufl., 221; Brandt/Smeddinck, 227; Friauf, 10. Aufl., 124.
- (54) 当初の重大性の基準については Beschluß des Länderausschusses für Immissionschutz vom 19./20.6.1979, Umwelt(BMI). Nr. 73, 25 参照。
- (55) BVerwG DVBl.1969, 586. 警察・秩序管轄官庁としての郡当局が、ヘルリン秩序法に基づいて、事業者に対して、事業に伴う排出による近隣住民に対する侵害の防止を義務つけたのに対して、事業者が、命ぜられた措置によって権利を侵害されたと主張した事案である。このほか、連邦イミッシェン・防止法の適用につき、一定の継続的騒音をその規模と持続期間により公衆または近隣に重大な負荷をもたらす適性をもつこの理由で有害な環境負荷（現五条一項二号）に当たるとした例がある（VGH Bad-Württ., 5.9.1978; VGH Bad-Württ., GewArch 1980, 197）。
- (56) OLG Kahrlsruhe, NJW 1978, 1637.
- (57) Ule/Rasch, 42; Wolff, 44 u.46; Lukes, Teil II, 119; Friauf, 7. Aufl., 202; Davy, 372; Kutscheid, E., Immissionschutzrechtliche Vorsorge und Drittschutz, in: Bender, B.(Hrsg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz: Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, 443(1993); Raumsauer, U., Allgemeines Umweltverwaltungsrecht, Koch, H.-J. (Hrsg.), Umweltrecht, 2. Aufl., 86(2007).
- (58) Lukes, Teil II, 120.
- (59) Kloepper, M., Umweltschutzrecht, 64(2008); Klänt, G., Grundprinzipien-Trias des Allgemeinen Umweltrechts unter Zugrundelegung des Besonderen Umweltrechts des Bereiches Bodenschutz in der Bundesrepublik Deutschland, 6(2009). このほか、空間的に隔たった損害発生の際蓋然性はリスク配慮の領域とする考え方は、空間的逼迫性を危険の前提とする趣旨で解される（Müller, A., Grenzen der Vorsorgepflicht, NuR 1986, 16; KPMG Deutsche Treuhand Gruppe, 11(1995); Böhm, 45; Appel, I., Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 185 ff. (2005).)
- (60) v. Heide, A.-K., Zurechnung von Schadstoffemissionen, 55 ff.u.305(2007).
- (61) Staats, J.-F., Zur Aufgabenzuweisung in den Polizeigesetzen, DÖV 1979, 155(158); Hillmann/Fritz, 109; Schenke,

- 202; Raumsauer, 86.
- (62) BT-Drs.7/179, 25; Kutscheidt, Immissionschutzrechtliche Vorsorge, 443.
- (63) Wolff, 46.
- (64) Lukes, Teil II, 119.
- (65) Davy, 372.
- (66) BVerwGE 69, 37(42)=DVBl.1984, 476(478)=NVwZ 1984, 371=NuR 1984, 240.
- 「事実」熱供給用重油燃烧施設の設置、操業認可に際して、原告がSO<sub>2</sub>排出限界値の条件付けを求めた。連邦行政裁判所は一審、二審と同じく請求を認めず、以下の如く判示した。
- 〔判示事項〕 1 (本文記載)
- 2 イミッシオンは、この種の影響が生じるとする充分な根拠がある場合には、既に、危険、重大な不利益または重大な負荷(同法三条一項)に相当する。
- 3 配慮は、潜在的风险に対して相当でなければならず、かつ、統一的、かつ、公平のコンセプトに基づかなければならぬ。SO<sub>2</sub>排出限界値を定める大規模燃烧施設令はその前提条件に当たる。
- 〔理由・抄〕連邦イミッシオン防止法五条二号は未然防止的環境保護を目標とし、同条一号が対象とする具体的なイミッシオン予測領域の前段階にかかわるものであること、現行イミッシオン限界値が、測定手法による限界と、一定のイミッシオンの有害性、長期的影響、複合作用に関する知見の不足に由来する残余リスクを内包するという状況を斟酌すべきこと、五条二号による配慮はイミッシオンが有害な環境影響をもたらすかもしれず、かつ、危険の疑いが認められると考える充分な根拠がある場合にかかわる。
- (67) Ule-/Rasch, 42; Wolff, 46(1966); Plischka, 96; Mutschler, 99; Papier, H.-J., Anmerkung zu OVG Berlin(17.7.1978), DVBl.1979, 162; Staats, 158; Lukes, Teil II, 118 u.147; Schneider, 406; Rauschning, D., Staatsaufgabe Umweltschutz, 38 VVDStRL 191(1980); Murswiek, Die Staatliche Verantwortung, 84; Martens, §13., 9. Aufl., 224; Keteleer, G./Klippels, K., Umweltrecht, 79 f. (1988); Reich, 75; Richter, 46; Kokott, 750; Seibert, M.-J., Atlanten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, DVBl.1992, 666; Kutscheidt, Öffentliches Immissionschutzrecht, 247; ders., Immissionschutzrechtliche Vorsorge, 445 f.; Petersen, F., Schutz und Vorsorge, 192(1993); Scherzberg, A.,

- Risiko als Rechtsproblem, VerwArch, 84(1993)490; Schmidt, R., Der Staat der Umweltvorsorge, DÖV 1994, 752; Wahl, R./Appel, I., Prävention und Vorsorge, in: Wahl/Appel(Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 76(1995); Schenke, 198; Friauf, 10. Aufl., 126; Fabio, Gefahr, Vorsorge, Risiko, Jura 1996, 568; Poscher, 25ff.; Jung, 545; Lepsius, O., Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Bericht, VVDStRL, 63(2004), 267; Appel, 185 ff.; Gromitsaris, A., Subjektivierung oder Objektivierung im Recht der Gefahrenabwehr, DVBl.2005, 535; Transfeld, 17 f.; Selner, D./Reidt, O./Ohms, M.J., Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl., 27(2006); Raumsauer, 86; Krause, L., Das Risiko und Restrisiko im Gefahrenstoffrecht, NVwZ 2009, 497.
- (68) Martens, Rechtsfragen der Anlageneignenung nach BImSchG, 462. 連邦イミッシオン防止法上の危険防御について  
Kutschmidt, Öffentliches Immissionsschutzrecht, 251; ders., Immissionsschutzrechtliche Vorsorge, 445 f.
- (69) Lukes, Teil II, 118; Friauf, 7. Aufl., 201; Rehinder, AKUR, 137.
- (70) Friauf, 10. Aufl., 126.
- (71) BVerwGE 47, 31(40)(6.9.1974; I C 17.73)=NJW 1975, 130.  
[判決要旨] 1 警察法上の一般の授權は基本法一三条三項に適合する。公的安全と秩序に対する近迫した危険の未然防止に向けた住居の自由に対する干渉は基本法から直接生じる。
- 2 (本文記載のとおり)
- (72) BVerwGE(26.6.1970), NJW 1970, 1890(1892)=DÖV 1970, 713(715). BVerwGE 45, 51(57)=NJW 1974, 807(26.2.1974; I C 31.72) 参照。  
[事実] 原告は自宅のセントラル・ヒーティング設備をコークス燃焼から石油燃焼に変更するためオイル・タンク二基を設置し、建築認可を事後申請したが、その土地がバルリン水道施設のための保護地域に所在し、取り水泉から四〇mしか離れていないとの理由で、却下された。原告は燃焼室とオイル貯蔵室は壁で仕切られており、床はコンクリート敷でオイル浸透のおそれがないので地下水保護のための条件をすべて満たしていると主張した(争点は水管理法三四条二項の適用)。原審は経済的影響は殆ど予測できず、却下判断は支持できないとし、所謂具体的危険は存在せず、抽象的危険のみでは水管理法三四条二項に基づく干渉には足りないとし、抽象的危険を有害な結果の単なる蓋然性と解した。
- 連邦行政裁判所は、原審は具体的危険と抽象的危険の区別を誤ったとの理由で、原審の判断に同意しない。即ち、原審は両

者を有害な結果（本件では地下水の有害汚染）の蓋然性の程度による一種の段階づけの差とみたが、損害の発生が何年か先に予期され、同時に危険が具体化するかもしれない場合でも、個別事例で損害発生の十分な蓋然性は必要で、抽象的危険と具体的危険で差がない。二つの概念はともに予期される損害発生に関係し、蓋然性の程度の条件は同じで、考察方法だけが異なる。具体的危険では具体的に、即ち、個々の事例で、抽象的危険は抽象的・一般的に、即ち、典型的な場合に関する。具体的個別事例で、予見できる将来に十分な蓋然性をもって損害発生が予測されなければならない。一定の種類の場合に関する。一般的・抽象的な考察で、個別事例で十分な蓋然性をもって損害が発生する結果がもたらされる場合に、抽象的危険が存在する。蓋然性の程度はどのような保護法益に関するかによって異なることを誤解している。発生するおそれがある損害が非常に大きい場合には、損害発生の蓋然性に対する条件は相対的に低い。例えば、すべての経験に照らして、損害発生の蓋然性が非常に小さい場合または近迫性の認められない損害発生の可能性があるに過ぎない場合でも、損害が大きい場合には、隔たった可能性だけでも、正当化されるだけでなく、これを命じられる。

- (73) Ossenbühl, F., Die Bewertung von Risiken kerntechnischer Anlagen aus rechtlicher Sicht, in: Blümel/Wagner(Hrsg.), Technische Risiken und Recht, 46(1981); Hansmann, Sicherheitsanforderungen im Atomrecht und im Immissionschutzrecht, DVBl.1981, 898; Ronellenfisch, M., Das Atomrechtliche Genehmigungsverfahren, 212(1983); Roßnagel, A., Die rechtliche Fassung technischer Risiken, UPR 1986, 48; Richter, 54; Fabio, U. Di., Entscheidungsprobleme der Risikoverwaltung, NuR 1991, 355; Kloefer, Umweltschutzrecht, 64.

- (74) Kloefer, Umweltschutzrecht, 65.

- (75) BVerfGE 49, 89=NJW 1979, 359 (Mülheim-Kärlich 原発事件 (BVerfGE 53, 30=NJW 1980, 759) も類例)。  
 「事実」 原子力発電所（ウラン・プルトニウム混合燃料方式）の設置部分認可について、約1kmの距離の営農者が取消訴訟を提起した。一審却下後、抗告審から、本件型式（Schneller Brüter）を認める原子力法七条の合憲性判断を付託された連邦憲法裁判所は合憲判断を示した。

〔決定要旨・抄〕 1 本文記載のとおり。

2 原子力法七条一項および二項は、施設の設置・操業によって将来損害が生じるおそれが完全に排除されない場合にも、認可を認める。この種の規制に際しては、将来の損害のリスクは現在の損害ではなく、基本権侵害でもない。連邦憲法裁判所の先例によれば、基本法上の保障は公権力に対する主観的防御権に限定されず、憲法上の客観的価値決定を含み、このことはす

すべての国家権力が人間の尊厳に配慮し、これを保護する義務を規定する基本法一条一項一文に明らかで、ここから憲法上の保護義務が導かれる。

3 原子力法七条一項および二項は、基本権および基本法秩序から導かれる客観法的保護義務に反しない。原子力法七条二項の裁量余地は基本法一二条一項、一四条一項と矛盾しない。

〔理由・抄〕 原子力法七条二項が定める同条一項の施設認可付与条件の内容は、認可によって基本権侵害が生じないよう配慮することを意味する。このことは、特に、設置・操業による損害に対して、科学・技術水準にしたがって求められる配慮を行うべき旨の同項三号の規定に明らかである。同法は、憲法上の観点から、施設の設置または操業が基本権侵害と説明される損害をもたらす場合には認可を認めていない。

- (76) Nel, E.L., Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 19 ff., 121 f. u.245(1983). 自然科学的蓋然性論に<sup>10)</sup> Rosenthal, J., Wahrscheinlichkeiten als Tendenzen, 15 ff. (2004).
- (77) Krelle, W., Präferenz- und Entscheidungstheorie, 198(1968).
- (78) Eggleston, R., Evidence, Proof and Probability, 2 ed., 8 ff. (1983).
- (79) 拙著『環境協定の研究』八九頁(成文堂・二〇〇七年)参照。
- (80) Trute, H.-H., Vorsogestrukturen und Luftfeinhalteplanung im Bundesimmissionsschutzgesetz, 21(1989).
- (81) Scherzberg, 496.
- (82) Muswiew, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 48(1990), 214.
- (83) Mutschler, 99.
- (84) Plischka, 106 f..
- (85) Jung, 545.
- (86) Rehinder, AKUR, 138.
- (87) Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Stark, Ch. (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd.1, 509(1976); Martens, Rechtsfragen der Anlageneinweisung nach BImSchG, 462; Erichsen, Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Recht durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive, VVDStRL

35, 1186; Alberts, 23 ff.; Berg, 137; Steinberg/Roller, 16; Brandt/Smedinck, 228; Götz, 14 Auf., 36. 但し、危険なリスク配慮間の適用に批判的な見解として Lieb, W., Kernkraftwerke, ZfU 295.

- (88) BVerfGE 49, 89(141 ff.). はかに、BVerfGE 53, 30(56); BVerwG, NJW 1970, 1890; BVerwG NJW 1981, 1915; BVerwGE 45, 51(57); BVerwGE 47, 31(40); BVerwGE 57, 61(65 f.); BVerwGE 116, 347.

- (89) “Je größer das Risikopotenzial ist, desto niedriger liegt die Schwelle der Wahrscheinlichkeit für die Prognose eines Schadenseintritts, bei deren Überschreitung wirksame staatliche Schutzmaßnahmen geboten sind.”

- (90) BVerfG NVwZ 2010, 702=UPR 2010, 225. 事案の概要は以下のとおりである。

「事実関係」粒子加速実験に関する不確実な科学的知見を根拠とする予言的リスクを理由とする基本権保護義務の存否が争点である。本件での予言的リスクは、損害発生の可能性があるシナリオの前提条件の成立が排除されているために、そのシナリオの実現に否定的見解が強いという事実関係を前提とする。即ち、欧州核物理研究所（CERN）はスイスに新シンクロトロン（大型素粒子衝突装置、LHC）を設置し、地下約一〇〇mの深さの約二七kmに及ぶ円形トンネルで粒子加速装置実験を計画した。実験は、物理理論の検証と、理論的には予測されるが、経験的には未証明の素粒子の確認を目的とし、当初TeV（TeV…一〇億ボルト）、将来的には一四TeVまで増圧を予定するが、この電力量は研究所内実験では未経験である。申立人はスイス在住（CERNから約二三〇km離れた位置に居住）のドイツ市民で、ドイツもCERNに参加していることから、右装置による一連の実験により所謂微小ブラックホールが生じる可能性があると主張し、使用エネルギーを危険性のない程度に制限することを目的として、ドイツ国に対して国際法上の権限行使を義務つける仮処分を申し立てた。この現象は、原理的には、一定の条件下で生じることが考えられるが、CERNの実験ではこの現象のおそれはないとする科学的見解が支配的であった。一番は申立を却下。抗告審（OVG Münster, NVwZ-RR 2009, 512）も、申立人の保護法益に対する危険の存在につき充分な蓋然性があるとはいえないとの理由で申立を却下した。このため申立人は、「何人も生命・身体を害されない基本権」（基本法二条二項一文）侵害を主張して、本件憲法異議を申し立てた。

「決定要旨（不受理）」1 信頼するに足る科学的知見がない複雑な事実関係のもとでは、裁判所に対しても、危険にさらされた市民の生命の保護にかかわる国家の義務を根拠として、不確実な科学的理論に依拠する申立人の主張を容認することを求めることはできない。生じるリスクを自らの評価によって査定することを含め、行政に割り当てられた科学論争の評価を代行することは、裁判所の管理領域に属さない。

2 理論的に導かれる生命または健康に対する危険は、例外的な場合には、基本権に対する干渉とみなすことができる。リスクのおそれが大いほど、損害発生への予測に対する蓋然性の閾値レベル（これを超えると国家が効果的な保護措置を講ずることを求められる水準）は低くなる。科学・技術水準にしたがつて行われる科学上のプロジェクトによって発生するかもしれない損害発生が予言的な程度にとどまる場合には、損害発生のおそれは排除されなければならない。

3 基本法二条二項一文から導かれる保護義務は、公権力が科学的な研究活動（基本法五条三項）と不可避免的に結び付く残余リスクを受忍させることを妨げるものではない。


4 基本法二条二項一文に基づく保護義務違反を理由とする憲法異議は、危険の存在が十分な専門的議論の水準に基づいて説得力をもつ場合に限る。現代の核物理実験研究の糸口を考えると、単に（重大な）損害発生につき警告しなかったことについての国家機関の責任を求めるだけでは充分とはいえない。

5 CERNが粒子加速装置で行う実験によって発生するおそれがあるリスクについて、行政が科学水準にしたがつて義務に適合した形で行った評価によれば、発生するおそれがある損害について想像される程度を斟酌しても、憲法上異議を申し立てる状態に当たらない。

6 （ドイツが参加している国際機関から危険が発生する場合の国家の保護義務について：略）。

- (91) Marburger, WtVerw 1981, 248.
- (92) Marburger, P., Das Technische Risiko als Rechtsproblem, Bitburger Gespräche Jahrbuch 1981, 41.
- (93) Plischka, 106 f.; Mutschler, 101; Rehinder, BB 1976, 1 ff.; Hansen-Dix, 134 f.; Isensee, J., Das Grundrecht auf Sicherheit, 38(1983); Benda, E., Umweltvorsorge und Recht, in: UBA(Hrsg.), Symposium: Das Vorsorgeprinzip im Umweltschutz, 27(1984); Richter, 46; Sellner/Reidt/Ohms, 27.
- (94) Murswiek, Die Staatliche Verantwortung, 84; Wolf, R., Der Stand der Technik, 362 ff. (1986).
- (95) Lieb, 295; Lukes, Teil II, 118; Rauschning, 191; Degenhart, Ch. Kernenergie, 2. Aufl., 25 ff. (1981); Kutscheidt, Öffentliches Immissionschutzrecht, 237 u.251; Marburger, P., Atomrechtliche Schadensvorsorge, 2. Aufl.58(1985); Murswiek, Die Staatliche Verantwortung, 84; Pfiauf, 7. Aufl., 201; Rehinder, E./Kayser, D./Klein, H., Chemikaliengesetz: Kommentar und Rechtsvorschriften zum Chemikalienrecht, 3-Rn.49(1985); Martens, §13, 9. Aufl., 220; Schmidt-Heck, G., Mehr Vorsorge gegenüber gefährlichen Stoffen durch Novellierung

des Chemikaliengesetzes ?, in: Nicklisch, F., (Hrsg.), Prävention im Umweltrecht, 30 ff. (1988); Kutscheidt, Immissionsschutzrechtliche Vorsorge, 445 f.; Jung, 545; Möstl, Jura 1996, 52; Transfeld, 17 f.; Rehbinder, AKUR, 138.

- (96) Martens, §13., 9. Aufl., 220.
- (97) Kutscheidt, Immissionsschutzrechtliche Vorsorge, 445 f.
- (98) Jung, 545.
- (99) Neumann, D., Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, 80 ff. (1994).
- (100) Neumann, 80 ff.
- (101) Mutschler, 101.
- (102) Murswiek, D., §20a, in: Sachs, M.(Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl., 20a, 846(2009).
- (103) BVerwGE 45, 51(57)=NJW 1974, 807(808).
- (104) BVerwGE 47, 31(40)=NJW 1975, 130.
- (105) Wolff, 46; Friauf, 7. Aufl., 201.
- (106) BVerwGE 47, 31(40); Alberts, 23 ff.; Erichsen, VVDStRL 35, 186; Martens, Rechtsfragen der Anlagengenehmigung nach BImSchG, 462; Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen, 509; Berg, 137.
- (107) Seibert, 666; Illig, 40.
- (108) Marburger, P., Ausbau des Individualschutz gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und öffentlichen Rechts, 56. DJT, Bd. I, Teil C, 55(1986). Rehbinder, BB 1976, 1 ff.; Hansen-Dix, 134 f.; BVerfGE 49, 89(141); 53, 30(56) 
- (109) BVerwG NJW 1970, 1890(1892); Schenke, 199.
- (110) Schenke, 199.
- (111) Staats, 158; Lukes, Teil II, 121; Denninger, 117; Möstl, Jura 1996, 51.
- (112) Staats, 158; Lukes, Teil II, 121; Schneider, 406; Hansen-Dix, 215; Darnstädt, 28; Martens, §13., 9. Aufl., 227;



- Brandt/Smeddinck, 225; Schenke, 190.
- (113) Deninger, 117.
- (114) Brandt/Smeddinck, 228.
- (115) Möstl, Jura 1996, 51.
- (116) Darnstädt, 28.
- (117) Staats, 158.
- (118) Lütke, Teil II, 121; Möstl, Jura 1996, 52; Götz, 14. Auf., 38.
- (119) BVerwGE 116, 347(351) = NVwZ 2003, 95(96) = DVBl. 2002, 1562.
- 「事実」危険動物令は一定の種類の動物については業務外の保有、飼育、増殖を禁止し、既保有動物については検査・表示等の義務を課した。申立人は同令施行時点で動物収容施設を営んでおり、この類型に当たたる五匹の犬を保有していた。
- 「判決要旨」 1 単なる危険の疑いは一般的授權に基づく法規命令形式の当局の干渉を正当化しない。
- 2 危険配慮を目的とする自由の領域に対する国家管理の干渉は、法治国家原則および民主主義原則にしたがって、特別の法律におおって計画されるのではない。
- (120) Möstl, Jura 1996, 51.
- (121) 例へば Ule/Rasch, 42; Plischka, 106; Friauf, 7. Auf., 203; Selner/Reidt/Ohms, 27; Raumsauer, 86.
- (122) Staats, 158.
- (123) BVerwG DVBl. 1969, 586.
- (124) BVerwGE 45, 51(57).
- (125) Schneider, 407; Deninger, 118.
- (126) Plischka, 106.
- (127) Kickartz, P., Ermittlungsmaßnahmen zur Gefahrforschung und einstweilige polizeiliche Anordnungen, 152 ff. (1984).
- (128) VGH Mannheim, NVwZ 1991, 493.
- (129) Ule/Rasch, 42; Wolff, 46; Hansen-Dix, 58 ff.; Schneider, 408; Friauf, 7. Auf., 203; Martens, §13, 9. Auf., 225;

Seibert, 667; Denninger, 120; Schenke, 205; Fleury, 50.

(130) Schneider, 406; Staats, 158; Darnstädt, 85.

(131) Darnstädt, 91.

(132) Kokott, 750.

(133) Martens, §13., 9. Aufl., 226; Seibert, 667; Schenke, 203.

(134) Fleury, 50.

(135) Breuer, Umweltschutz und Gefahrenabwehr bei Anscheins- und Verdachtslagen, in: Selmer, P./v. Münch, I., Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 321 f. (1987); Kokott, 750.

(136) Martens, §13., 9. Aufl., 226.

(137) Hoffmann-Riem, W., in: Vogel, K./Tipke, K./Schmidt, R. (Hrsg.), Verfassung, Verwaltung, Finanzen, 328 (1972); Schumann, Grundriß des Polizei- und Ordnungsrechts, 32 (1978); Kokott, 750.

(138) Hoffmann-Riem, W., 331; Berg, 138; Schneider, 408; Martens, §13., 9. Aufl., 226; Seibert, 667; Schenke, 203; Fleury, 50. 警察官制: Hansen-Dix, 59 f.; Friauf, 7. Aufl., 203; Schneider, 408; Götz, V., Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 59 (1978).

(139) BGHZ 4, 114=NJW 1952, 586; Ule/Rasch, 42 f.; Kokott, 750.

(140) Berg, 138.

(141) BVerwGE 49, 36=NJW 1975, 2158; Darnstädt, 85.

(142) Götz, 14. Aufl., 44.

(143) OVG Lüneburg, DVBl. 1984, 34.

(144) Lübke-Wolff, G., Die rechtliche Kontrolle incremental summierter Gefahren am Beispiel des Immissionsschutzrecht, in: Dreier, H./Hofmann, J. (Hrsg.), Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, 167 (1986).

(145) Martens, §13., 9. Aufl., 223.

(146) Denninger, 126.

(147) OVG Münster OVG 11, 250 ff.; OVG Münster, DVBl. 1957, 867=DÖV 1957, 870.

- (148) OVG Lüneburg, OVGfE 14, 396(401). 同く Ule/Rasch 法律雑誌 (§5-Rn.17) (Friauf, 7. Aufl., 203 参照)。
  - (149) Schneider, 408; Friauf, 7. Aufl., 203; Martens, §13, 9. Aufl., 223; Denninger, 126; Schenke, 202 参照。
  - (150) Ule/Rasch, 43; Martens, §13, 9. Aufl., 223; Schenke, 202; Rehlinger, AKUR, 138. 危険性の決定時点での判断でも、これを理由として潜伏性危険概念を消極に評価する説と比べ、Denninger, 126.
  - (151) Wolff, 45; Lukes, Teil II, 119; Marburger, Bitburger Gespräche Jahrbuch 1981, 40; ders., Atomrechtliche Schadensvorsorge, 2. Aufl., 9; Hansen-Dix, 173; Benda, 26; Friauf, 7. Aufl., 201(1985); Martens, §13, 9. Aufl., 220; Reich, 75; Ronellenfisch, M., Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung durch das Verwaltungsrecht, DVBl.1989, 859; Murswick, WiVerw 1986, 211 f.; Denninger, 117; Ladewig, K.-H., Drittschutz bei der Genehmigung gentechnischer Anlagen, NVwZ 1992, 948; ders., Das Umweltrecht der Wissenschaft, 11; Kutschmidt, Immissionschutzrechtliche Vorsorge, 445; Scherzberg, 490; Fleury, 40 ff.u.107; Selner/Reidt/Ohms, 27; Trausfeld, 17 f.
  - (152) BVerwGE 45, 51(57)=NJW 1974, 807; BVerwGE 47, 31(40)=NJW 1975, 130; BVerwGE 49, 36=NJW 1975, 2158. 原子力法上の損害配慮につき同旨: BVerwGE 72, 300(315).
  - (153) Hillmann/Fritz, 107; Denninger, 117.
  - (154) BVerfGE 25, 1(12)=NJW 1969, 499; BVerfGE 50, 290(335, 377)=NJW 1979, 699; BVerwGE 55, 250=NJW 1978, 1450=DVB1.1978, 591.
- 【事実】 Voerde の石炭火力発電所増設につき管轄官庁は一定条件のもとでの認可の可能性を示唆し、土壤掘削の部分認可を付与した。約六km離れた場所にも石炭火力発電所がある。原告は Voerde 発電所から約四kmの場所に居住し、決定に異議を申し立てたが、却下されたので、本訴に及んだ。一番認容、原審控訴棄却 (OVG Münster NJW 1976, 2360) を経て、連邦行政裁判所は原判決を破棄し、訴えを却下した。
- 【理由・抄】 連邦イミッシオン防止法六条一号、五条一号、三条一項に定める認可付与の条件は全体として考察しなければならない。その施設の操業によって、公衆または近隣者に対して危険、重大な不利益または重大な負荷をもたらすに足るイミッシオンをもたらさないことが保障されなければならない場合には、「安全で、かつ、有害な環境影響をもたらすおそれがない」という概念は、有害な環境影響をもたらすについて考え得るリスクだけを排除しなければならないという意味ではない。イミッ

シオンがこのような侵害をもたらすに足るか否かは、一般的生活経験、特に科学水準にしたがう。リスクは、充分な、比例原則に適合する蓋然性をもって排除されなければならない。

(155) Isensee, 40.

(156) BVerfGE 56, 54=NJW 1981, 1655.

(157) BVerfGE 53, 30=NJW 1980, 759(却下).

【事実】 Mülheim-Kärlich 原発は停止条件付で施設設置部分認可を受けた。近辺に居住する申立人は認可決定の取消訴訟を提起したが、却下され、これに対する異義も却下された。部分認可決定には、個別の部分施設等の設置は認可官庁の書面による建設許可を要すること、専門機関 (TÜV Rheinland) の鑑定を経て、その肯定的見解がなければ許可されないこと等が定められていた。その後認可官庁は数次にわたり建設許可を与え、その決定の即時執行を命じたが、第六次の建設許可・即時執行命令に対して、申立人は①即時執行命令の取消と、②取消訴訟の延期効の回復を申し立てた。一審 (VG Koblenz, DVBl.1977, 360) は②の申し立てを認容したが、二審 (OVG Koblenz, DVBl.1977, 373) は②についても却下した。このため申立人は二審の決定に対して憲法異義を申し立てたが、連邦憲法裁判所は憲法異義の許容性を肯定したもの、申し立ての理由がないとして却下した。

【決定要旨】 a) 原子力の平和的利用に伴う危険に対する防止措置を行う基本法二条二項から導かれる義務は、国家が、原子力発電所の認可について実体法・手続法上の規定を定めることによって履行する。

b) 認可官庁が基本法二条二項から生じる保護義務の履行するために国家が公布した原子力法上の手続規定に配慮しなかった場合にも、基本権侵害が考慮される。

【理由・抄】 本件における憲法上の審査基準は基本法二条二項で保障されている生命および身体的健全性に対する基本権と効果的な保護請求権の問題につきる。

先例によれば、基本権は、国家の干渉に対する主観的防御に限らず、国家機関の義務の客観法上の内容及び (BVerfGE 39, 1(41): Fristenlösung 事件)。右先例の考え方は、原子力法上の規範の合憲性判断に用いられるが、立法者の保護義務を具体化するうえで、発生の蓋然性の程度は原子力の平和利用によって発生するおそれがある危険の種類と重大性に応じたものでなければならぬ (BVerfGE 49, 89)。

保護義務により、国家が原子力エネルギーの経済的利用を国家の認可制とし、認可付与について詳細な実体法上・手続法上

の条件を定める方法で実施すべきである。この認可規定は危険を及ぼすおそれがある第三者の保護のために適切な手段であり、国家はこのような危険に対して共同責任を引き受けている。

本件では、国家の保護義務と規範制定に対する共同責任が上記方法で強制されるか、および強制される範囲を審査する必要はない(BVerfG, DVBl.1977, 897)。現在の規制が憲法上懸念するにあたらないものであることも疑問の余地がない。それ故、本件の基本権問題は、規制それ自体ではなく、その適用の問題である。原子力発電所の認可に際しての官庁および裁判所の手続に関する規定の適用も生命・健康を危険から保護する責務を導く基本法二条二項の基本権に影響を与える。このことは、原子力法上の各手続に対する違反がそのまま基本権侵害と判断されることを意味しないが、認可官庁が、基本法二条二項に定める保護法益の保護義務の履行に際して、この手続規定を無視した場合には、違反に当たることが考えられる。

- (158) BVerfG NJW 1996, 651.
- (159) BVerfG ZUR 2002, 347.
- (160) v. Holleben, H., Der Standort industrieller Anlagen unter dem Gesichtspunkt des §5 Nr.1 BImSchG, GewA 1977, 46; Roth-Stielow, K., Grundrechtsschutz und Schadensausfluß im Atomrecht, DÖV 1979, 168; OVG Münster DVBl.1976, 790(796).
- (161) Roth-Stielow, 168. リスクの証明について、同書の例として、Hansen-Dix, 173.
- (162) Seibert, 667.
- (163) Nolte, R., Rechtliche Anforderungen an die technische Stichtzeit von Kernanlagen, 82(1984); Seibert, 667; Callies, C., Vorsorgeprinzip und Beweislastverteilung im Verwaltungsrecht, DVBl.2001, 1728.
- (164) Mutschler, 100 f.; Hanning, A./Schmieder, K., Gefahrenabwehr und Risikoversorge im Atom- und Immissionsschutzrechts, DB Beilage, Nr.14, 5(1977); Lukes, Teil II, 122; Ritter, E.-H., Umweltpolitik und Rechtsentwicklung, NVwZ 1987, 932; Davy, 679; Fleury, 83; Callies, Rechtsstaat und Umweltstaat, 88 ff.u.298 ff(2001); ders., DVBl.2001, 1727.
- (165) Callies, DVBl.2001, 1729.
- (166) BVerwGE 36, 121(126); BVerwGE 47, 330(339)=NJW 1975, 1135. 前者は、特別課徴金について、要件事実の不存在の証明を求められるのではなく、法律上の要件事実の充足の証明を要するとする。

- (167) BVerfGE 49, 89(136)=NJW 1979, 359.
  - (168) 拙稿「環境法における国家の基本権保護と環境配慮」(1)季刊環境研究一五〇号—三九頁、(2)同一五一号九三頁、(3)同一五二号一六〇頁(二〇〇八—二〇〇九年)参照。
  - (169) Rehinder, AKUR, 137.
  - (170) Jung, 545.
  - (171) Breuer, Gefahrenabwehr und Risikoversorge im Atomrecht, DVBL 1978, 836; ders., Berichte und Kritik: Strukturen und Tendenzen des Umweltschutzes, Der Staat, 20(1981), 411 f.; Sender, Wer gefährdet wen?, UPR 1983, 43; Marburger, 56; DJT, Bd. 1, Teil C, 55; Ritter, 932; Reich, 69 ff.; Wahl/Appel, 76; Krings, 367; Jung, 545; Rehinder, AKUR, 137; Raumsauer, 85; Wiedemann, 17; Lau, 2.
  - (172) BVerfG NVwZ 2010, 702=UPR 2010, 225.
  - (173) BVerfGE 28, 17(19); 52, 303(327); 65, 227(232 f.); 89, 155(171).
  - (174) 本決定理由 Rn.9.
  - (175) Lau, 2.
  - (176) BVerfG NJW 2002, 1638 (類例として) BVerfG, ZUR 2002, 347; BVerfG, NVwZ 2007, 805).
- 「事実」申立人は住居近辺に設置された無電通信施設につき、電磁波障害を理由として、当時のイミッシオン限界値の強化を求めた。所謂事後改善義務の存否が争われた事案である。同施設は第二六連邦イミッシオン防止法施行令上の高周波限界値を遵守している。右限界値は高周波磁場起因の健康に対する危険に関する科学的知見を根拠として、国際委員会の勧告にしたがって定められたが(BR-Drs. 393/96, 22; BR-Drs. 393/I/96, 3)、制定に際して、それ以上の保護措置の導入については、信頼できる科学的知見が見出せなかったため、断念され、電磁波の影響による長期的健康損害の可能性の評価について新たな科学的知見が生じた場合には報告が求められることとされた(同令制定過程で合意された電波中継基地に係わる電磁波問題は、ネット網整備等に関する経済界の自主規制(二〇〇一年)が一定の成果を挙げたと評価され、右施行令制定後の健康影響調査・研究(二〇〇一—二〇〇八年)でも、右限界値を問題視すべき知見はないとされた(BMU, Umweltbericht 2010, 157(2010)).
- 「要旨」連邦憲法裁判所は以下の如く述べ、科学的不確定性に対する司法審査についての準則を示した。
- 1 憲法上の保護義務は、考え得るというだけの保護措置をすべて行うことを命ずるものではない。

2 純仮説的危険に対する配慮については、国家の義務など存在しない。本件限界値については、健康保護上全く不十分であることが認識される場合に限り、憲法上の異議申し立てることができるが、より低い限界値の適切性と必要性が信頼できる科学的知見を欠くために全く評価されない場合は、これに当たらない。基本法二条二項一文から生じる保護義務は、ヒトの健康に対するイミッシェンの不利益な影響を排除することができないことを理由として、法規命令制定者に対して、科学的に未解明の状態の事実地盤に基づいて限界値を導く義務を課すことを、裁判所に求めることを認めるものではない。

3 信頼できる知見が存在しない複合的危険施設の場合には、法規命令制定者には相当の裁量余地が与えられる。蓋然性が低い状況では、国家の保護義務を根拠として、手続法を利用して不確実な科学的知見の入手、法規命令制定者の予防的決定の管理、限界値の適正の現実の研究水準にしたがった判断を、裁判所に求めることはできない。より進んだ保護措置を行うことができるように科学の発展段階を適切な手段であらゆる面で配慮し、評価することは、法規命令制定者の領域の問題である。

(177) VGH Kassel, NVwZ 1990, 276. 類例として VGH Neustadt, NVwZ 1992, 1008. Breuer, R., Ansatze für ein Gentechnikrecht in der Bundesrepublik Deutschland, UTR 14, 47 f. (1990); Vitzthum, W.G./Gedert-Steinacher, T., Der Zweck im Gentechnikrecht, 11 ff. (1990).

(178) Breuer, Staat 20, 412; Berger, U.G., Grundfragen umweltrechtlicher Nachbarlagen, 162(1982), 162; Jarass, H.-D., Der Rechtsschutz Dritter bei der Genehmigung von Anlagen, NJW 1983, 2844(2845); Jung, 545. 連邦行政裁判所は、健康に対する潜在的危険性を有する物質についてイミッシェン値が定められていない範囲では、健康リスクを最少化する目的で定められた排出限界値も、施設の影響を受ける地域住民の保護に機能するとする (BVerwG, NVwZ 2004, 610=EUtUP 2004, 54)。

### 三 危険の疑い

#### 1 はじめに

「危険の疑い (Gefahrenverdacht)」は古典的危険防御論で一般的に用いられるが、統一的理解があるとはいえず、<sup>(179)</sup> 表見危険概念とともに危険と危険防御に関する議論を混乱させてきた概念で、予防原則における未知のリスクに類する。議論の輻湊はあるものの、危険の疑いの概念が行政レベルの古典的危険防御としての公権的干渉の適法性に係わる点では共通認識がある。この公権的干渉の適法性が論じられるのは、公権的干渉の違法性が抗告訴訟等の形式で争われる場合、公権的干渉 (特に、調査命令) によって実施された調査の結果危険が確認されなかったことを理由とする国家側の損害賠償・損失補償責任が争われる場合 (連邦土壤保全法制定前の段階での土壤汚染、地下水汚染の調査命令に関してしばしば争われ、<sup>(180)</sup> 適法性の証明責任は国家側 (行政機関) にあり、下級審判決は調査命令に際して事実の裏付けが存在する場合には適法としてきたが、<sup>(181)</sup> 現在では連邦土壤保全法制定によって立法的に解決されている (九条) 等である。<sup>(182)</sup>

危険の疑いに関する学説・判例上の論点は、①概念の固有性 (危険の疑いは危険、(狭義の) リスクとは別の固有の概念か)、②要件事実 (危険の疑いにあたる事実状態とその判定条件)、③法律効果 (危険の疑いの場合に許容される危険防御措置の種類・範囲) の三点に集約されよう。



## 2 概念の固有性論

危険の疑いの危険、(狭義の) リスクに対する概念の固有性については二つの考え方が見られる。

### (1) 消極説

環境法領域では「充分な根拠をもつ危険の疑い」は危険とし、または危険と危険の疑いを同等に扱うとする理解がある。<sup>(183)</sup> 概念の固有性を消極に解する説は、危険の疑いを一定の条件のもとで危険と同視する。即ち、古典的危険防御としての公権的干渉が許容される危険の疑いと許容されない危険の疑いを区別し、前者を危険ととらえ、後者は危険でないとする。前者に関する危険防御としての公権的干渉の法的根拠は危険の存在であるが、許容される危険防御措置の種類・範囲(法律効果)は、最終的危険防御措置ではなく、暫定的危険防御措置に限る。この考え方は、しばしば、危険の疑いにおける損害発生<sup>(184)</sup>の蓋然性は危険におけるそれより低いとする認識を基礎とすれば(但し、この認識は積極説からは批判がある)、危険の判定条件である充分な蓋然性の弾力的判断(Jedwakoの公式)により、暫定的危険防御措置の講ずる場合の蓋然性は最終的危険防御措置の場合と比較して、低くて足ることによって理論的整合性をもつことになる。

Kolkott<sup>(185)</sup>、MartensとSchneiderを援用して、危険の疑いを充分な蓋然性をもって損害をもたらすことが疑われる事実状態で、「疑い」と「危険」によって蓋然性を重複させることによって、損害発生<sup>(186)</sup>の蓋然性は全体として低下するが、危険の疑いの場合にも充分な蓋然性は存在し得るので、充分な蓋然性がある場合には真の危険であり、そうでない場合には表見危険と差がなこう。Seibertは「判例は、一致して、事実により確認された危険の疑いは警察法上

の危険とみなすと解しているようにみえる」<sup>(186)</sup>と云ふ。BVerwGE 12, 87(93); BVerwGE 39, 190(193 ff.); BVerwGE 49, 36(42 f.) を例示する。<sup>(187)</sup>Kirschfeld<sup>(188)</sup>は、連邦イミグシオン防止法上の危険防御に関してであるが、蓋然性の予測は、確実に損害をもたらすと考えられる因果経過が、妨げられないまま経過するか否かにかかり、危険の疑いの場合には、因果経過に際しての不確実性（例えば、薬剤の摂取に際して稀に副作用が生じるか否かの不確実性）、あるいは事実関係の予測の不確実性がある（例えば、早期の立地場所に有害物質汚染があるが、初期の製造に基づくことに充分な疑いが存在したか否かが未知である場合）。このような不確実性は蓋然性の程度を低下させるが、この疑いが事実によつて根拠づけられる場合には、危険とすることを排除せず、<sup>(188)</sup>イミグシオンが損害をもたらすおそれがあることが充分に疑われる場合には、同号による措置を正当化できるといふ。

危険と危険の疑いの概念区別は法システム上の意味しかなく、要件事実、法律効果の点での区別する意味が少ないとする理解もみられる。<sup>(189)</sup>Ritter<sup>(190)</sup>によれば、予防原則は知見の欠如による不確実性の領域で固有の意味を持ち得るが、<sup>(191)</sup>伝統的警察法では危険の疑いとして論じられ、<sup>(192)</sup>推測される、ひよつとしたら考えられるというだけの危険で、警察法上の学説は危険と危険の疑いを区別し、<sup>(193)</sup>判例は危険の疑いを表見危険ととらえるが、<sup>(194)</sup>特殊の場合に重大な制限付きでしか干渉権限を認めないのに対して、環境・技術法（特に、連邦イミグシオン防止法と原子力法）では危険の疑いをリスク配慮に組み込むので、<sup>(195)</sup>通常の場合でも配慮が求められる。<sup>(196)</sup>Osenbühl<sup>(197)</sup>も両者の区別は危険防御とリスク配慮を区別する連邦イミグシオン防止法では意味があるが、損害配慮によって危険防御とリスク配慮を一体化する原子力法では意味が少ないといひ、環境・技術法では、原子力法以外の要件事実についても、人と環境を効果的に保護するために、危険の疑いも危険防御に位置づけなければならないから、<sup>(197)</sup>危険と危険の疑いを区別する実益があるかも疑わしいといふ。両者を区別する抽象的なパラメーター（損害発生の蓋然性の予測）は不確実な判断基盤に基づくもので、危

険の疑いの場合には蓋然性予測の根拠となる知見が少ないだけだから、危険の疑いは危険より蓋然性が低いとも考え難いというのである。

## (2) 積極説

危険の疑いを危険、リスクと区別される固有の概念にとらえる(多数説<sup>(198)</sup>)。

学説は一樣でないが、例えば、Poscherによれば、危険の疑いは危険でもリスクでもなく、未知とも区別される概念<sup>(200)</sup>で、その時点での科学水準では一定の原因関係が肯定も否定もできないものとする(Poscherが危険より低いレベルと位置づける点には批判があり得る<sup>(201)</sup>)。Luckesも、危険の疑いは、損害発生の可能性だけはあるが、この可能性が危険<sup>(202)</sup>の現存の確実性に到らない場合といい、危険性に対する一定の状況がみられるがその危険性を証明できない場合、一定の原因関係が納得できる前提(仮定)のもとで推定できるが、正確な科学的証明を欠く場合を例示したうえで、後者では、危険性に関する確実な記述を行うことができないノンリケット状態<sup>(203)</sup>で、危険の疑いが危険防御のための一般条項に基づく干渉を許すか否かは疑問とする。

連邦私法裁判所は、「秩序管轄官庁が干渉権限を有するのは、危険が客観的に事実上存在する場合に限らず、判例・学説は、(中略)事実によって根拠づけられる危険の疑いまたは表見のみしか存在しない場合にも干渉権限があることを承認している」という(但し、環境法の事例ではない<sup>(204)</sup>)。連邦行政裁判所(BVerwGE 61, 256)<sup>(205)</sup>も、正常操業に伴う放射線暴露を理由として原発の操業認可の違法性が争われた事案で、危険と危険の疑いに基づくリスクの違いを力説する<sup>(206)</sup>。

## (3) 考察

a. リスク三段階説(通説・判例)によれば、危険は損害発生<sup>(199)</sup>の蓋然性が充分な状態、(狭義の)リスクはその蓋然性

が充分と評価し得る程度に到らない状態で、少なくとも概念的には、裁然と峻別され、両者の間に隙間はない。危険の疑いは危険の判定条件を満たさない。危険の判定条件としての充分な蓋然性の具体的事例における当てはめは弾力的で、Jedetto の公式に服し、最終的危険防御措置の場合と暫定的危険防御措置の場合とでは蓋然性の程度に差が生じてもよいが、Jedetto の公式を損害発生<sup>(206)</sup>の蓋然性を評価できない場合にまで拡大することが許容されるわけではない。危険の疑いを損害発生<sup>(207)</sup>の蓋然性の定量的評価ができない事実状態と理解する場合には、危険と危険の疑いの違いは定量的に評価された蓋然性の程度の問題ではない。危険の存否に関する予測、したがって損害発生<sup>(208)</sup>の蓋然性の予測は、部分的には確実な知見、部分的には未知、部分的には経験から一定の知的水準が知られている状態に基づいて行うが、未知の要素が残る限りでは予測の過誤のおそれがあり (ProVG 77, 333(338))、危険の存否が判明するまでは、危険防御は暫定的措置に限るが、危険調査干渉は適法とされる。Selbert<sup>(210)</sup>、土壤汚染に対する責任を論ずるなかで、危険の疑いを不確実性に対する意思決定の問題といい、健康または環境に有害な物質による土壤または地下水汚染の可能性を示す事情があるが、危険、原因、責任者等を確認するにはさらに調査を要するという場合を例示し、表見危険との違いを事実関係、因果経過の蓋然性、損害発生<sup>(211)</sup>の可能性に関する知識が不完全であることについて認識がある点に求める。前記の如く Selbert は危険防御の不確実性を危険の存在に関する不確実性、危険の範囲と危険防御措置に関する不確実性、危険原因者の不確実性 (危険の存在を前提とした公権的干渉の名宛人 (警察法上の義務者の証明がない限り違反者ではないと扱わうべきものとする解釈と、原因者が不確実の場合にも義務を課することができるとする解釈がある) に区別するが、危険の疑いとの関係では第一の不確実性、即ち、危険防御の前提条件の不確実性が問題である。b. 消極説が挙げる裁判所の先例は、古典的危険防御に一般化する<sup>(212)</sup>とは困難である。即ち、BYerwGE 12, 87 と BYerwGE 39, 190 ㄱ、警察・秩序法上の一般的授權条項に基づくのではなく、連邦伝染病予防法上の一般条項に基づ

く危険防御の適法性が争われた事案で、判決理由中の判断によれば、同法上の危険防御は警察法上の一般的授權の範囲を拡大する趣旨で規定され、具体的な伝染の危険の疑いがある場合を含み、必要な範囲に限って危険防御を認めるというのである。また、BVerwGE 49, 36も外国人法上のそれに関し、古典的危険防御の例ではない。環境法領域における危険の疑いに関する初期の判例とされ、危険の疑いについてしばしば引用される連邦行政裁判所の先例（前掲 Heidelberg Fernheizwerkes 事件）も、連邦イミッシオン防止法（現）五条二号について、同号は未然防止的環境保護を目標とし、イミッシオンが有害な環境影響をもたらすかもしれない、かつ、危険の疑いが認められると考える充分な根拠がある場合にかかわるとするが、これは同法上のリスク配慮に係わるから、古典的警察・秩序法上の一般的授權条項を根拠とする一般的危険の疑いとは領域を異にする。また、Wyl 事件に関する先例は、原子力法上の損害配慮（七条二項三号）を危険防御ではなく損害に対する配慮ととらえ、「その時点の知識水準によれば一定の原因関係が肯定も否定もできないために、危険ではなく危険の疑いまたは潜在的懸念 (Besorgnispotential) だけしかないという理由だけで排除することはできない損害発生の可能性をも考慮しなければならない」としたが、ここでは危険の疑いが同法上に具体化された予防原則との関係で論じられている。

c. 消極説には危険と危険の疑いの区別に実益を認めない理解も見られるが、法律効果を考慮すると、危険防御措置の種類・範囲に違いがある（後記）。私見によれば、古典的危険防御に危険ルート（大なり小なり不確実性を内包しつつも、損害発生 of 蓋然性の定量的評価が可能な領域）と危険に非ざる「危険の疑い」ルート（一般的生活経験・科学的知見の不足・欠如のために蓋然性の定量的評価ができない領域）の二系統を認めることになる。危険の疑いは損害発生 of 蓋然性を定量的に評価できない場合における危険確認調査を可能とする概念、その意味で危険の前処理段階と理解される。

## 3 要件事実論

## (1) 意義

「危険の疑い」の概念は古典的危険防御の發展過程で形成された概念で、これが技術的安全法の領域に適用される過程で未知の領域を取り込む形で拡大されたために、その外延は定かでない。<sup>(218)</sup> 損害發生の充分な蓋然性を判定条件とする危険概念は一般的生活経験ないし科学的知見によって損害發生の蓋然性の調査と評価が可能であることを前提としているが、現実はずしもそうではなく、環境保護の領域の国家の意思決定に際しては、経験的・科学的知見の不確実性、欠如によって損害發生の蓋然性を定量的に評価できない場合、場合によってはある物質、行為、施設との有害性、損害との間の因果関係の存否が完全に未知という場合がしばしば存在するが、損害發生の蓋然性を定量的に評価できないことは必ずしも蓋然性が充分でないことを意味しない。それ故、一方で危険の存在を確認できないという事情、他方で結果的には危険が存在していたこともあり得るという事情が併存し、公権的権限行使なくしては危険の存在を確認できず、そのために損害發生の未然防止が遅れ、国家側の責任を問われることにならないかねない事態も生じ得る。<sup>(219)</sup> 危険の疑い論はこのような場合に、危険の存在を前提とした最終的危険防御措置ではなく、危険の存否確認に焦点を当てて一般的授權条項に基づく危険防御権限を導くための論理と評価したい。<sup>(220)</sup> 但し、危険は確認できないものの、危険が疑われる状態のすべてが危険存否の確認を中核とする暫定的危険防御の射程に服するわけではなく、暫定的危険防御措置を正当化するに到らないリスク領域は予防原則の射程になる。<sup>(221)</sup>

## (2) 事実状態

危険の疑いについて学説が論ずる事実状態は、概ね、以下の二類型を含むと考えられるが、損害発生<sup>(222)</sup>の蓋然性を判断するための一般的生活経験、科学的知見が完全に入手されることはありえないから、両者の区分は概念的レベルにとどまる。

a. 危険に到る可能性を疑う経験的または科学的知見が存在するが、危険に当たるか否かを判断することができない  
事実状態（危険の判断不能）

「単に排除できないだけの損害の可能性に係わるものではなく、その時点での科学水準では一定の原因関係が肯定も否定もできないもの<sup>(223)</sup>」、「警察・秩序管轄官庁が事実関係の予測に際して、または因果経過の予測に際して、一定の不確実性を認識し、かつ、そのために損害発生<sup>(224)</sup>の蓋然性に関する決定が困難な場合」、「事実関係は危険を予期させるが、一部の事実関係が原則的には解明可能ではあるものの、まだ知られておらず、この知見が得られれば損害発生<sup>(225)</sup>の可能性に関して正確に決定することができる状態<sup>(226)</sup>」、「危険状態の存在の可能性を計算できるが、危険を認識するに到らない状態<sup>(227)</sup>」、「損害発生<sup>(228)</sup>の可能性だけはあるが、この可能性が危険の現存の確実性に到らない状態<sup>(229)</sup>」、「警察・秩序管轄官庁が危険を示唆する徴候を入手しているが、その知見が不完全で、もしかしたら危険が存在しないかもしれないことを認識していた状態<sup>(230)</sup>」、「損害発生が推測されるが、因果関係を証明することができない場合<sup>(231)</sup>」などと説明され、あるいは比喩的に「危険の危険<sup>(232)</sup>」、「充分な蓋然性の充分な蓋然性<sup>(233)</sup>」、「ある状態または行為が充分な蓋然性をもって損害をもたらす状態が疑われる状態<sup>(234)</sup>」、「危険の存在を肯定するのではなく、懸念するにとどまる状態<sup>(235)</sup>」、「危険ではないが、危険に含めることができる状態、即ち、危険防御の要素のすべては満たさないが、一部を満たすために、危険の存在を排除しないが、さりとて、危険と確定することもできない状態<sup>(236)</sup>」などと表現される事実状態はこれに当たると

考えられる。負荷、不利益等で、その程度と持続性によって損害と評価されるに到るか否かが現時点では不確実という事実状態あるいは予防原則の射程範囲について論じられる「理論的には危険性が認められるが、現実にはどの程度の蓋然性かを判断できない場合、危険または損害発生の可能性の評価について科学的知見が分かっているために、危険の存在を評価できない場合」、仮説的危険、予言的リスク等はこの類型に当たる。但し、危険の「疑い」の程度は千差万別であろう。

b・危険に到る可能性を疑う経験的、科学的知見が全く存在しないために、危険に当たるか否かが未知の事実状態（未知のリスク）。

未知を危険の疑いととらえるか否かについては説が分かれる。

Hansen-Dix は、（部門法上の）危険の疑いに関して、物質による損害発生と一般的因果関係（量・反応関係を含む）に関する確実な知見が欠如するために認可条件の存在に関して疑問がある場合（原子力法、連邦イミッション防止法等）における危険の判断には特殊な困難があるという、一つの解決は、知見の欠如によってリスク判断に支障がある場合はすべて認可を拒否する解釈で、これによれば事業者に証明責任が課され、この証明は困難だから、認可は拒否される。別の解釈は官庁に損害の可能性の証明責任を課すもので、これによれば知見の欠如を理由とする認可拒否は許されず、<sup>(235)</sup>未知は危険の疑いの一つになる。<sup>(236)</sup>Scherzberg は、伝統的な秩序法のドグマである危険の疑いは、認識の範囲を超えて拡大する科学的知見の進歩によって不可避免的に生じる未知の状態といい、低レベル放射線の発がん、変異原性等に対する影響、遺伝子工学の場合（遺伝子操作生物の開放型利用の長期影響等および作用連鎖に関する未知）を例示する。また、連邦行政裁判所は、イミッションが有害な環境影響をもたらすかもしれない、かつ、危険の疑いが認められると考える十分な根拠がある場合は連邦イミッション防止法上の予防原則規定の射程にはいるとし（前掲 Heideberger



Ferneiswerke 事件)、あるいは不十分な知見の水準を考慮すると、その時点の知識水準によれば一定の原因関係が肯定も否定もできず、そのために危険ではなく危険の疑いまたは潜在的懸念だけしかないが、排除することはできない損害発生の可能性、さらには、単に理論的に考えられるというだけで、未だ不確実性が残りまたは知見が欠けるリスクを排除するための未然防止措置は原子力法上の予防原則規定の射程に属するとする(前掲 WZB 事件)。しかし、いずれも一般的授權条項を根拠とする危険の疑いに関する議論ではない。

一方、Poscher、Trausfeldらは未知を危険の疑いとは別の概念ととらえる。即ち、危険領域でも、リスク領域と同じく経験的または科学的に未知だが、論理的には排除できない場合が存在し、後日の経験、知見の蓄積によって未知のリスクが結果的には危険の判定条件を満たすことになることはあり得るから、原理的には未知のリスク以外に未知の危険も存在し得るが、未知の場合には警察管轄官庁は危険の存在を証明できないので、危険の証明責任の配分にしたがえば、一般的授權条項を根拠とする危険防御を正当化できないのである。<sup>(238)</sup>

本稿ではリスク管理三段階論の立場から、不確実性を不可避免的に内含しつつ、定量的に評価できるリスクにおける危険、(狭義の)リスク、残余リスクの区分に準じて、(広義の)未知のリスク(リスクを定量的に評価できないリスク)を危険の疑い、(狭義の)未知のリスク、残余リスクに区分する考え方を基礎とする。この場合に、リスクを完全に排除することは不可能であるという現実的発想を前提とすれば、一般的生活経験・科学的知見が欠如する領域(学説・判例がいう「現実の認識 (praktischer Vernunft)」<sup>(239)</sup>の向こう側)を含む残余リスク領域を考慮せざるを得ない。一方、危険と(狭義の)リスクは法律効果において基本権保護義務に服するか否かの違いがあるに対して、危険の疑いと(狭義の)未知のリスクは共に公権的機関にとって裁量的領域と考えられる。それでも、一般的授權条項を根拠として許容されるかあるいは個別法上の授權規定を要するか、および許容される公権的な暫定的干渉が危険防御措置か

リスク配慮措置かの点で差があると考えるが、この点の分析は今後の研究に委ねる。

c. 損害発生<sup>(240)</sup>の蓋然性が充分な程度に到らない事実状態

Ladeur は<sup>(240)</sup>の事実状態を「未だ危険に到らざる (Noch-Nicht-Gefahr) 危険の疑い」と説明する。これを文字どおりに理解すれば、危険の疑いを予防原則におけるリスク配慮と同じ領域をとらえたことになる。しかし、「Noch-Nicht-Gefahr」は、損害発生<sup>(240)</sup>の蓋然性が充分とは評価できない場合のほか、一般的生活経験・科学的知見の不十分ないし欠缺によって蓋然性を定量的に評価できない場合 (不確実リスク、未知のリスク) を含むと考えられるが、この両者は区別しなければならず、前者を危険の疑いに含めることは、法治国家原則の視点から、古典的危険防御の射程を限定することによって法律の留保の無限定な拡大を妨ぐ趣旨と整合しない。それ故、以下のような事実状態は、危険の疑いに当たらないと考える。

- a) 主観的危険。仮想危険ないし誤想危険は危険の疑いに含まない。前記の如く、表見危険は危険の疑いと同視する考え方がみられるが、本稿ではこれを危険ととらえる。
- b) 警察・秩序法上の保護法益に当たらない法益に対する侵害のおそれ。例えば、損害と評価されるに到らない不利益、負荷あるいは環境損害は古典的な意味での危険の疑いにも当たらない (但し、連邦イミッション防止法、原子力法、遺伝子工学法の適用を受ける場合はあり得る)。
- c) 定量的に評価された損害発生<sup>(240)</sup>の蓋然性が充分な程度に到らない場合
- d) 損害発生が時間的・空間的に近迫性を認められない場合
- d. 危険の判断と同じく危険の疑いも危険防御に関する意思決定時点の評価問題であり、後日現実に損害が発生するか否かを問わない。しかし、危険の判断不能と未知のリスクのすべてについて危険の疑いを根拠とする危険防御措置が許

容されるわけではない。一般的授權条項を根拠とする危険防御としての危険の疑いと個別法の規定を根拠とする予防原則としての未知のリスクの線引きに関する明確な議論は少ないが、「事実に裏付けられた疑い」(der durch Tatsachen begründete Verdacht)<sup>(242)</sup>がこれに当たると考えられているのではないかと思われる。

## 4 法律効果論

### (1) 危険防御措置の種類と範囲

#### a. 原則

危険の疑いを根拠として許容される公権的危険防御措置は、危険調査が可能で、かつ、危険の疑いを迅速に解明するために意味がある限りで、<sup>(243)</sup>原則として、危険の存否調査を中核とする暫定的危険防御措置と啓蒙措置に限ることに<sup>(244)</sup>ついては、学説上、異論が少ない<sup>(245)</sup>(多数説)。比例原則に照らし、<sup>(246)</sup>詳細調査、行為の禁止に及ばない。<sup>(247)</sup>この点で危険除去、禁止、制限等の最終的危険防御措置を許容する危険と区別される。調査措置としては、調査関連の抽出標本、安全確保等のほか、<sup>(248)</sup>測定、監視、報告、情報の提供、調査等の措置およびこれらの措置の受忍もこれに含まれると考えられる。また、啓蒙措置としては、危険の疑いに関する啓蒙措置をいい、例えば、表示等の市民に対する情報提供のための措置が考えられる。暫定的危険防御措置の結果危険が判明した場合には、その時点で改めて最終的危険防御措置が許容される。

判例も同旨である。特殊事例として、危険な動物から市民を保護する目的で一般的授權条項を根拠として制定された危険動物令の効力が争われた事件で、「単なる危険の疑いは警察の一般的授權を根拠とする法規命令の形式による治

安当局の干渉を正当化せず、危険配慮のための行政上の干渉は、法治国家原則および民主主義原則にしたがって、法律上の特別の根拠がなければならない」とする例があるが、<sup>(24)</sup>一般的授權条項に基づく法規命令制定に関する特殊事例である。初期段階の連邦私法裁判所の先例（前記 BGHZ 5, 144）は、「警察は、警察上の危険が客観的に存在する場合に公的な秩序と安全の保護のために活動する権限を有するだけでなく、事実状態が合理的な裁量によれば警察上の危険に發展するおそれがある場合にも、警察上の危険の存在または不存在に関して明確にするためまでの干渉行為を行うことができる」として、危険に發展するおそれがある場合に行われた暫定的危険防御措置を適法とする<sup>(25)</sup>（但し、この事案は危険ではなく警察・秩序管轄官庁が違反の存否を解明できなかった事例である）。

#### b. 例外

危険の疑いの場合の危険防御措置は危険状態の有無の解明を優先することを原則としつつ、生命・身体に対する共同の危険が直接近迫している場合など特別の場合には、最終的危険防御措置を許可する説がある。<sup>(26)</sup>このほか、BVerwGE 12, 87; BVerwGE 39, 190; BVerwGE 49, 36 等の先例を援用して、調査措置によってなお危険の有無を確認も否定もできない場合に、特に重要な保護法益に係わるときは、最終的措置（例えば、食糧の廃棄）を許可する説も見られる（少数説<sup>(27)</sup>）。

しかし、個別法によって危険の疑いを含む形で拡大された危険防御の適法性が争われた事案に関する先例を古典的危険防御に一般化することには無理がある。確かに、保護法益が重大である場合に充分と評価される損害発生の蓋然性の程度は相対的に低下するが、危険の疑いはこのような弾力的評価によってもなお危険の存在を確認できない場合を想定するのであり、法治国家原則の見地から危険の判定条件（充分な蓋然性）に到らないレベルでの最終的措置を許可せず<sup>(28)</sup>、行政手続を支配する職権調査原則（行政手続法二四条）により管轄官庁に義務づけられた監視を軽減する

目的処分を許さない趣旨に照らせば、<sup>(254)</sup> 調査措置によっても危険の存在が確認できない場合に最終的危険防御措置を正当化することには無理がある。

## (2) 基本権保護義務等との関係

危険の疑いの場合に暫定的危険防御措置にかかわる国家の基本権保護義務に服するかについては明確な議論がない。しかし、基本権保護義務は危険の存在を前提とし（前記）、理論的には危険性が認められるが現実にとの程度の蓋然性があるかを判断できない場合（前掲 Kalkar 事件）、仮想的危険（前掲電磁波事件）、予言的リスク（前掲粒子加速実験事件）については基本権保護義務の射程に含めない連邦憲法裁判所の考え方を基礎とすれば、この場合に基本権保護義務を正当化することは困難であろう。

## 注

- (179) Poscher, 91 ff.
- (180) 土壤汚染対策法五条に基づく調査措置命令の場合に類似の問題が生じる余地がある。
- (181) Wolff, 45; Davy, 679(1990). 拙著『ドイツ土壤保全法の研究』一四頁以下（成文堂・二〇〇一年）。
- (182) Breuer, Umweltschutz und Gefahrenabwehr, 346 ff. 参照。
- (183) Hansen-Dix, 172; Murswiek, Die Staatliche Verantwortung, 385; Scherzberg, 495 f.; Hoppe, W./Beckmann, M./Kauch, P., Umweltrecht, 2. Aufl., 74(2000).
- (184) Kokott, 750.
- (185) Martens, §13., 9. Aufl., 226; Schneider, 406.
- (186) Seibert, 667 f.
- (187) Kutschke, Öffentliches Immissionschutzrecht, 251; ders., Immissionschutzrechtliche Vorsorge, 445 f.
- (188) Martens, §13., 9. Aufl., 226.
- (189) Richter, 50 ff.

- (190) BVerwG DVBl.1984, 476(478); Hanning/Schmieder, 5; Ossenbühl, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, 165.
- (191) Lukes, R., Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Teil I, 35f. (1980).
- (192) Breuer, Umweltschutz und Gefahrenabwehr, 338.
- (193) Martens, §13., 9. Aufl., 225; Götz, NVwZ 1984, 213 f.
- (194) BVerwGE 39, 190(193); BVerwGE 45, 51(58); BVerwGE 49, 36(44); BVerwGE DVBl.1975, 888(889); BVerwG NJW 1981, 1915=DÖV 1981, 421(422); OVG Münster, NJW 1980, 138; OVG Münster, DVBl.1982, 653(654).
- (195) OVG Lüneburg, GewArch 1980, 205; Papier, DVBl.1979, 162 f.
- (196) Ossenbühl, NVwZ 1986, 163.
- (197) Hansen-Dix, 172 ff. Darnstädt, 94 ㊦両者の區別を不要とすべ。
- (198) Kneumeyer, F.-L., Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl., Rdrrn, 69 f. (1989); Möstl, Jura 1996, 51; Poscher, 95.
- (199) Poscher, 91 ff.
- (200) Richter, 51; Möstl, Jura 1996, 51.
- (201) BVerwGE 72, 300(315).
- (202) Lukes, Teil II, 122.
- (203) Hanning/Schmieder, 5.
- (204) BGH NJW 1992, 2639.

〔事実〕酪農業者の飼育する牛に使用禁止の肥育飼料が投与されている疑いから五頭の殺処分を命ぜられたが、その五頭と他の三二八頭の検査によって当該飼料の使用を示唆する結果が認められなかったため、自治体に補償を求めた。一、二審理ともに請求認容で、被告が上告した。

〔判決要旨〕物の所有者が、その物から危険が生じることにつき事実根拠づけられた疑いがあることを理由として、状態違反者として措置を求められた場合において、危険が現実存在せず、かつ、その疑いを根拠つけた事情についてその所有者の責に帰すことができないときは、それによって被った不利益につき **NRWOBG**—三九条の準用により非違反者と同じく補償を求めることができる。

(205) BVerwGE 61, 256 = NJW 1981, 1393 = DVBl. 1981, 405 = DÖV 1981, 294 = JnS 1981, 617.

「事実」 原発施設の正常操業に伴う放射線放射を理由として、原発の操業認可を違法と主張した。

「判決要旨・抄」 1 原子力法七条にしたがって付与された原子力発電所の操業認可に対して、正常操業に伴う放射線放射を理由として争う者は、暴露限界値を定める放射線防止令四五条に違反するおそれがあることを証明しなければならず、そうでない場合には、訴えは許容されない。

2 放射線防止令二八条の放射線最少化律は対第三者効を有しない。

「理由・抄」 1 操業認可付与に際していかなるリスクを所謂残余リスクとして受容しなければならないかは原子力法八条二項三号から直接導かれるわけではない。立法者は、放射線暴露と大気および水域中の放射性物質濃度が一定の値を超えてはならないことについて、講ずべき配慮（ここでは七条二項三号にしたがって必要とされる配慮）を詳細に定めることを行政に授権している（同法一二条一項二号）。

2 限界値は授権に基づいて発布された放射線防止令四五条に定められる。暴露限界値は対第三者効を有し、これを超えることは許容されないという意味での、七条二項三号により求められる損害配慮の限界を具体化するものであり、このことは個人リスクに対する暴露限界値（放射線防止令四五条一文）にも当てはまる。

3 暴露量が小さい場合の身体的損害は少なくとも統計的には充分正確に査定可能とする原審の判断は当たらない。暴露量が小さい場合の身体的損害の有無・程度は、経験的にも疫学上も統計的に未証明である。現時点の知識水準でも、身体的損害が確実に排除される放射線についての閾値を出発点とすることはできない。（中略）原審は危険の疑いに基づくに過ぎないようなリスクの問題であることを思い違っている。

(206) Götz, V., Die Entwicklung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts, NVwZ 1984, 213 f.

(207) Kutscheldt, Öffentliches Immissionschutzrecht, 251; ders., Immissionschutzrechtliche Vorsorge, 445 f.

(208) Denninger, 118 ff.

(209) Hansen-Dix, 61 ff.

(210) Seibert, 667 f.

(211) Martens, §13, 9. Aufl., 226; Breuer, Umweltschutz und Gefahrenabwehr, 338.

(212) Hoffmann-Riem, 336 ff. 例として VGH Kassel, NVwZ 1991, 498 は「違反者」を想像されるに過ぎない者に対する跡地汚染

の疑いの調査措置実施命令は法的根拠を欠くという。OVG Rh-Pf, NVwZ 1987, 24 も同旨。

- (213) VGH Bad.-Württ., DÖV 1985, 687; BayVGH, NVwZ 1986, 942=DVB1.1986, 1283=DÖV 1986, 976. 結果同旨 Saarl OVG, UPR 1984, 172. VGH Mannheim, NVwZ 1991, 493 は「表見危険も警察法上の危険に当たり、干渉を正当化するには、少なくとも事実によって確認された危険の疑いがないなければならない」とする。

- (214) Seibert, 667 f.

- (215) Nicklisch, F., Technologierecht und Rechtsfortbildung, in: Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg(Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung: Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, 254(1986).

- (216) BVerwGE 72, 300=VNwZ 1986, 208=DÖV 1986, 433. (19.12.1985).

「事実」 原発設置部分認可に対して、3 km ないし 7 km の位置に居住する者が生命、健康およびタバコ、ブドウ、果実の栽培に不利益な影響が生じるおそれがあると主張して、異議を唱えた。一審の認容判決を二審が取消、却下したので連邦行政裁判所に上告した（上告棄却）。

「判決要旨・抄」 1 原子力法上の部分認可の裁判上の審査は、第三者取消訴訟の枠内では、争いの対象とされる決定を行った時点における事実状態と法律状態を基準とする。

2 原子力法七条二項三号にいう損害に対する配慮は警察法上の危険概念による危険防御と同じではなく、危険とかわりがないリスク配慮を含む。リスク調査とリスク評価は行政の権限に属する。

「理由・抄」 原子力法七条二項三号では危険防御ではなく損害に対する配慮を問題とする。この規定は未然防止の警察法上の危険概念ではなく、原子力法一条二号に定める保護目的を斟酌して解釈される。この規定における配慮は同法にしたがって現在既知の状態から他の者に損害をもたらす状態の因果関係が認識され、かつ結果発生に到って到る初めて保護措置を開始することを意味しない。その時点での知識水準によれば一定の原因関係が肯定も否定もできず、そのために危険ではなく危険の疑いまたは潜在的懸念だけしかないという理由だけで排除することはできない損害発生の可能性をも考慮しなければならない。さらに、配慮は、損害発生の蓋然性の判断に際してその時点での技術的な経験的知見だけに基つけば足るのではなく、単に理論的に考えられるというだけで、未だ不確実性が残りまたは知見が欠けるためにリスクを十分に排除するために、保護措置を考慮しなければならないことを意味する。



- (217) ともに、BVerwGE 65, 313(320); BVerwGE 69, 37(43); Papier, DVBl.1979, 162 参照。
- (218) Reich, 144 ff.
- (219) Friauf, 7. Aufl., 165.
- (220) Kutscheldt, Öffentliches Immissionschutzrecht, 251; ders., Immissionschutzrechtliche Vorsorge, 445 f.; Brandt/Smeddinck, 230; Götz, 14. Aufl., 40 f.
- (221) Schwerdtfeger, G., Das System der Vorsorge im BImSchG, WiVerw 1984, 218.
- (222) Schattke は、危険の疑いの要素を一般的生活リスク、文明リスク、警察法上の具体的危険の三つに区別し、一般的生活リスク(例えば、天災)を完全に排除する国家の義務はなく、文明リスクは国家が許容したリスクで、一般的、自然的な生命リスクではない一方で、警察法上の具体的な危険に当たるのは稀で、危険の疑いがあるにすぎず、危険とは厳格に区別され、国家の保護義務の対象ではないが、具体的危険は、生命、健康に係わる場合には、国家による危険防御義務があるとする(Schattke, H., Grenzen des Strahlennormierungsgebots im Kernenergiegesetz, DVBl.1979, 652(657 f.))。この危険の疑いの類型化は、広義のリスクのリスク三段階説と本質的な差はないと考えられる。
- (223) BVerwGE 72, 300(315); Poscher, 93.
- (224) Martens, §13, 9. Aufl., 226; Breuer, Umweltschutz und Gefahrenabwehr, 338; Kloepfer/Kröger, 12.
- (225) Schneider, 408.
- (226) Götz, V., Zur Verfassungsmäßigkeit der Dosisgrenzenwerte, in: Götz, V./Rauschnig, D./Zieger, G./BMJ(Hrsg.), Viertes Deutsches Atomrechts-Symposium, 58(1976).
- (227) Lukes, Teil II, 122.
- (228) Schenke, 204 f.
- (229) BVerwGE 69, 37 ff.; Appel, 185 ff.
- (230) Davy, 679.
- (231) Kokott, 750.
- (232) Darnstädt, 94; Breuer, Umweltschutz und Gefahrenabwehr, 338; Kloepfer/Kröger, 12; Seibert, 667.
- (233) Guay, Ch.: Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 194 ff. (2009).

- (234) Holleben, 46; Roth-Stielow, 168; OVG Münster, DVbL.1976, 790(796).
- (235) Hansen-Dix, 173.
- (236) Scherzberg, 495 f.
- (237) Wiedemann, 31.
- (238) Poscher, 93 ff.; Transefeld, 20.
- (239) Breuer, DVbL.1978, 835; BVerfGE 49, 89(143).
- (240) Ladew, NVwZ 1992, 949.
- (241) Sommer, H., Praktische Vernunft beim kritischen Reaktor, DÖV 1981, 654 f.
- (242) BGH NJW 1992, 2639 (前掲). はかに「危険の疑いが認められると考える十分な根拠がある場合」(前掲 Heideberger Fernsehwerke 事件)を連邦ハイムシオン防止法上の予防原則規定の射程とする例「危険の疑いまたは潜在的懸念だけしかない場合」を原子力法上の予防原則の射程とする例(前掲 Wyhl 事件)もあるが、いずれも古典的危険の疑いに関するものではない。
- (243) Fabio, U. Di., Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 103(1994).
- (244) Berg, 138.
- (245) Staats, 159; Darnstädt, 94; Kickartz, 152 ff.; Götz, NVwZ 1984, 214; Davy, 679; Seibert, 667; Schenke, 204 f.; Wolff/Bachof, Rn.22; Fabio, DÖV 1991, 637; Gromitsaris, 540.
- (246) Seibert, 667 f.
- (247) Kutscheldt, Öffentliches Immissionschutzrecht, 251; ders., Immissionschutzrechtliche Vorsorge, 445 f.; Seibert, 667.
- (248) Kickartz, 152 ff.; Martens, §13., 9. Aufl., 227; Seibert, 667.
- (249) BVerwGE 116, 347(351)=NVwZ 2003, 95=DVBt.2002, 1562.
- (250) Lukes, Teil II, 114; Poscher, 50.
- (251) Denninger, 118 ff.; Lukes は動物が病気にかった疑いがある場合に一定の授權に基づく殺処分を許容する例(獣疫法)を挙げるが、古典的危険防御の問題ではなく、個別法で拡大された危険防御の例である。
- (252) Martens, §13., 9. Aufl., 227; Seibert, 667.

- (253) Martens, §13., 9. Auf., 227. 同註: Kickartz, 152 ff.  
 (254) Seibert, 667.

## 四 危険防御の限界

危険防御は、一方で法治国家原則により、他方で比例原則によって限界づけられる。この限界は危険を根拠とする危険防御と危険の疑いを根拠とする危険防御に共通する。

### 1 法治国家原則による限界

古典的危険防御は警察・秩序法上の一般的授權条項に基づく公権的干渉であるため、無限定な拡大はできず、その射程は限定的である。第一系統のリスク管理（危険ルート）では客観的危険の存在を前提条件とし、客観的危険は一定の判定条件（警察秩序法上の保護法益に対する損害発生のおそれ、近迫性、充分な蓋然性）によって判断される（判例・通説）。一方、第二系統のリスク管理（危険の疑いルート）では、前記「事実裏付けられた疑い」がこれに当たると考える。

## 2 比例原則による限界

危険防御は、予防原則と同じく、比例原則にしたがう（通説<sup>(255)</sup>）。連邦行政裁判所も、「危険状態の判断に際しては比例原則に配慮しなければならない」という（BVerwGE 47, 3140）。

危険防御措置の種類、内容は比例原則に適合する範囲で選択されなければならない。予防原則は、残余リスクの最小化を指向するから被干渉者の基本権保護に係わる過剰禁止律によって限界づけられるに對して、危険防御では、この意味での過剰禁止律のほか、被害者側の基本権保護に係わる過少禁止律に服する（現実には後者によって限界づけられることが多い）。

注

(255) Rehinder, BB 1976, 2; Berg, 138; Friauf, 7. Aufl., 202; Hermes, 246; Hillmann/Fritz, 120; Fleury, 106.

## 五 結語

1 環境法における予防原則の基礎研究の一環としてドイツ法上の危険防御の要件事実と法律効果を危険と危険の疑いを対比する形で考察した。古典的危険防御は警察・秩序法上の一般的授權条項に基づく行政レベルの公権的干渉行為であるから、無限定な拡大に歯止めをかける意味で一定の制約に服するが、ドイツの判例・学説の検討から、以下

の二系統のリスク管理で構成されるものと整理できるのではないかと考える。

第一は、不確実性を内包しつつも、損害発生の蓋然性の定量的評価が、一応、可能な領域のリスク管理で、危険の存在を前提とし、危険は十分な蓋然性を判定条件とする。法律効果として最終的危険防御措置を許容するとともに、基本権保護義務の射程に属する。

第二は、一般的生活経験ないし科学的知見の不足ないし欠缺のために損害発生蓋然性を定量的に評価できないために危険を確認できない領域のリスク管理で、危険の疑いの存在を前提とし、危険の疑いは事実の裏付けを判定条件とする。法律効果として危険存否の確認を中核とする暫定的危険防御措置・啓蒙措置を許容するが、基本権保護義務に服さない。

2 危険の疑いは、一般的生活経験または科学的知見の不足・欠缺を理由として損害発生蓋然性の定量的評価ができないが、結果的には危険が存在していたこともあり得ることから、危険の定量的判定条件の当てはめによる危険の見落とし（過誤）を最少化するために、危険防御の前処理段階として、危険の存否調査を中核とする暫定的危険防御措置を一般的授權条項によって行うことを可能とするための論理と位置づけることができる。

3 わが国ではドイツ法上の一般的古典的危険防御に相当する考え方がそのままの形で認知されているわけではないが、不確実性を不可避的に内包しつつ、定量的に評価できるリスク領域と一般的生活経験・科学知見の不足・欠如によって定量的評価ができないリスク領域の二系統のリスクを区別する考え方は、予防原則研究に重要な視点を提供する。本稿で考察から除外した危険の疑いと所謂未知のリスクの関係および予防原則の射程に属する（狭義）未知のリスクと残余リスクとの線引き（所謂潜在的懸念論（Besorgnispotential））については今後の研究課題となる。